

MARKANTE STANDPUNTEN

MARKANTE STANDPUNTEN

Opstellen opgedragen
aan Prof. Dr. M. Rigaux

P. HUMBLET
A. VAN REGENMORTEL
(eds.)



intersentia

Antwerpen – Cambridge

Markante standpunten. Opstellen opgedragen aan Prof. Dr. M. Rigaux
P. Humblet en A. Van Regenmortel (eds.)

© 2015 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

Coverafbeelding: © ???

ISBN 978-94-000-0676-8
D/2015/7849/113
NUR 825

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

CECI N'EST PAS ...

Marc Rigaux heeft een bloedhekel aan personencultus. Dit is dan ook geen *liber amicorum* met het obligate staatsieportret en een hagiografische carrièrebeschrijving. Wat is het dan wel?

Een aantal (ex-)medewerkers van de vakgroep Sociaal Recht van het Departement Rechten van de UIA en de Onderzoeksgroep Sociale Concurrentie en Recht van de Faculteit Rechten van de UAntwerpen houden elk één of meer standpunten van Marc tegen het licht en reflecteren hierop. Het resultaat is nogal gevarieerd. Sommigen hebben een 'droog' artikel geschreven, anderen mijmeren hardop en belichten hun relatie – al dan niet anekdotisch – met de gefêteerde, *c.q.* gaan in op zijn passie(s).

Waarom deze 'mobilisatie'?

Marc is op een aantal terreinen een pionier geweest. Hij heeft niet alleen velen geïnspireerd, maar heeft ook zijn stempel gedrukt op de Universiteit Antwerpen. Vandaar dat we zijn vertrek niet onopgemerkt kunnen laten voorbijgaan.

PIONIER

Marc wordt vooral geassocieerd met collectieve actie. Hij heeft hieraan dan ook talloze publicaties gewijd. Het strafste staaltje is zijn doctoraatsverhandeling *Staking en bezetting naar Belgisch recht*.¹ Voor de eerste keer werden in Vlaanderen staking, uitsluiting en bezetting op een academische manier benaderd. In het kielzog daarvan zijn nog tal van spraakmakende artikelen gevolgd, niet het minst de commentaar bij het arrest *SIBP-De Bruyne*.²

Marc was vaak de deryn voor academische initiatieven/publicaties. Zo begon hij in 1990³ op de bonnefooi met de cyclus *Actuele problemen van het arbeidsrecht*. Naast een serie studiedagen, die een eclatant succes waren, werd een gelijknamige boekenreeks gestart, die na meer dan twintig jaar nog loopt.

In de herfst van zijn carrière heeft Marc steeds meer afstand genomen van de praktijk en begon hij vooral te reflecteren over de essentie van het arbeidsrecht.

¹ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht* in *Reeks Sociaal Recht* nr. 6, Antwerpen, Kluwer, 1979, 527 p.

² M. RIGAUX, "Omtrent de juridische aard van de werkstaking", *RW* 1981-82, 2540-2550.

³ M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 516 p.

Ceci n'est pas...

Zijn *summa* – *Tussen burgerschap en sociale concurrentie* – is daar een treffende illustratie van.⁴

INSPIRATOR

Toen de Franse bewerking van de *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht* werd gepubliceerd bij uitgeverij Bruylant⁵, had de corrector van dienst de drukproeven bezorgd zonder koptekst. Achteraf bleek het deel collectief arbeidsrecht vertaald als “*droit collectiviste du travail*”. In recensies werd daarover zedig gezwezen. Marc kon er smakelijk om lachen. Vanaf het begin van zijn loopbaan was hij immers al een ‘collectivist’, *i.e.* een geëngageerde beoefenaar van het collectief arbeidsrecht. Begin jaren tachtig van de vorige eeuw werd het terrein op dat vlak vooral ingenomen door verenigingen waarin de sociale partners met elkaar omgingen in een ouwe-jongens-krentenbrood-sfeer. Samen met Josse Van Steenberge bouwde Marc het Instituut Samenwerking Universiteit Arbeidersbeweging uit: een denken doetank ter ondersteuning van de vakbeweging; geen vriendenclubje, maar een strijdorgaan.

In tegenstelling tot ISUA was de Vereniging voor Arbeidsrecht – waarvan Marc oprichter en inspirator was – een bezadigde herenclub waar academici, leden van de magistratuur en advocatuur van het rechtsgebied Antwerpen beoefenaars van het sociaal recht bijeenbrachten op allerhande studie-evenementen.

Mensen verenigen is de rode draad in Marcs carrière. Hij heeft zich zowel binnen als buiten de landsgrenzen geprofileerd en dit zelfs toen de Vlaamse academici zich nog in het provincialisme wentelden. Zo stond hij onder andere aan de wieg van het *European Platform on Social Dialogue* en het *Reges-forum*.

UNIVERSITEITSMENS

Het onderwijs lag Marc na aan het hart. Gedurende meer dan dertig jaar heeft hij met volle overgave college gegeven. Hij experimenteerde ook graag. Zo werd hij de bezieler van het Pilotproject Afstandsonderwijs Rechten Universiteit Antwerpen (PARA), wat onder andere resulteerde in een postgraduaat sociaal recht.⁶ Marc puurde echter vooral genoeg uit zijn ‘promotorschap’. Hij slaagde er als geen ander in om jonge mensen ertoe te overhalen een proefschrift te schrijven.

⁴ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid en zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 264 p.; M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, Brussel, Bruylant, 2009, 218 p.

⁵ P. HUMBLET en M. RIGAUX (dir.), *Aperçu du droit du travail belge*, Brussel, Bruylant, 2004, 460 p.

⁶ www.uantwerpen.be/nl/onderwijs/opleidingsaanbod/pavo-sociaal-recht.

Ceci n'est pas...

Al wie ooit onder zijn leiding aan een doctoraat heeft gewerkt, zal getuigen dat dit geen echte 'arbeid' was, maar veeleer een geestverruimende ervaring.

Marc heeft de instellingen van de Antwerpse universiteit doorkruist. Hij heeft een aantal belangrijke functies bekleed: decaan, lid van de raad van bestuur en talloze commissies op facultair en universitair niveau. Hij steekt echter niet onder stoelen of banken dat hij het moeilijk heeft met de huidige gang van zaken, vooral met de verregaande bureaucratisering. Hij gruwet van 'persoonlijke doelstellingen', 'targets', 'credits', 'labels' enz. De academicus is in zijn ogen gedegradeerd tot een woordsmid die zijn quota moet halen. Productie, productie, productie ... De vrolijke wetenschap is niet meer.

PASSIONISTA

Tot slot zijn er nog de passies: assessor bij de Raad van State, een functie waarin hij zich volledig kan uitleven, Marc de Bachliefhebber, Marc de francofiel/liefhebber van Parijs, Marc de ... *Passons*. Dit is een woord vooraf en geen necrologie. Het moet leuk blijven.

*"Créer, c'est vivre deux fois"*⁷

Dank, vriend Marc, dat je onze gids geweest bent in de zoektocht naar het tweede leven.

Patrick, Anne *et les autres*

⁷ A. CAMUS, *Le mythe de Sisyphe* in *Essais, Bibliothèque de la Pléiade*, Parijs, Gallimard, 1963, 173.

INHOUD

<i>Ceci n'est pas</i>	v
-----------------------------	---

De relatieve kracht van het arbeidsrecht

Jan BUELENS	1
Inleiding	1
De kracht van het arbeidsrecht	1
De relativiteit van het arbeidsrecht	2
Een gebrek aan inhoudelijke bescherming	3
Bewijslevering, kosten van verdediging en procesbekwaamheid	6
De relatieve kracht van het arbeidsrecht	8

CAO's: moeilijk evenwicht tussen autonomie en wettigheid?

Guy Cox	11
I. Waarom moet een CAO wettig zijn?	11
II. Behoorlijk bestuur en zorgvuldigheidsnorm	13
III. Wat houdt de zorgvuldigheidsnorm als verplichting in voor het bestuur bij de neerlegging en registratie van CAO's?	14
A. Aanvullende criteria gebruikt bij de externe wettigheidscontrole .	14
B. Omvang van het probleem	15
C. Welke aansprakelijkheid voor het bestuur?	16
IV. Wat houdt de plicht tot zorgvuldigheid in bij de algemeen- verbindendverklaring van een CAO?	18
A. Hoe ver reikt de zorgvuldigheidsnorm bij de interne wettigheidscontrole?	20
B. Vastgestelde onwettigheden	23
V. Conclusie	24

Ontslag: macht of recht? (voor en na de WES)

Daniël CUYPERS	27
I. Inleiding: een jarenlange dialoog	27
II. Opzet van deze bijdrage	29
III. Ontslagrecht of ontslagmacht: traditioneel een vraagstelling in het licht van het forfaitaire karakter van de opzegvergoeding	30

IV. Ontslagmacht sluit herplaatsing uit en legitimeert onrechtmatig ontslag	31
V. Het betonnenen van de opzegvergoeding in naam van de rechtszekerheid	34
VI. Er is iets veranderd sinds 1 januari 2014.....	38
VII. Maar we hebben toch CAO nr. 109?.....	42
VIII. Buiten de Europese waard gerekend?.....	44

Uit sympathie

Enkele beschouwingen over de oorbaarheid van de solidariteitsstaking naar Belgisch en Europees recht

Filip DORSEMONT	49
I. Marc Rigaux en de queeste naar de Heilige Graal	49
II. De pupil op zoek naar een facet.....	53
III. De solidariteitsstaking, proeve van definitie	54
IV. Knelpunten van de solidariteitsstaking.....	56
V. De rechtspositie van de solidariteitsstaking naar Belgisch recht	56
VI. De solidariteitsstaking (beter) verankerd in het Unierecht, het ESH, het EVRM	59
A. De Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd, een zwakke basis	59
B. <i>Viking</i> en <i>Laval</i> , een vergiftigd geschenk is ook een geschenk.....	62
C. <i>RMT v UK</i> : solidariteitsstaking en artikel 11 EVRM	63
D. De solidariteitsstaking in het licht van artikel 6 ESH.....	68
VII. Slotbeschouwingen	73

Ze zijn zo lief, meneer

Overpeinzingen bij (het misbruik van) een vergeten beroepsgroep

Patrick HUMBLET.....	75
I. Wie is kaderlid? Een semantische discussie.....	76
II. Kaderleden in het (arbeids)recht.....	77
De hiërarchie	78
Het financiële aspect.....	79
Het conventionele aspect.....	79
III. De problemen.....	79
A. 24 hours.....	80
B. Kaderleden en sociaal overleg	81
Beperkte toegang tot het sociaal overleg.....	82
Beperkte toegang tot het sociaal overleg (bis).....	84
Voordelen voor (sommige) vakbondsleden	85
(Geen) CAO op ondernemingsvlak	85

IV.	Interludium: lamentatie	86
V.	Scenario's	87
VI.	<i>Quaestiones disputatae</i>	88
	30 jaar later	90

Collegiale en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector

	Ria JANVIER en Inger DE WILDE	91
I.	Collegiale arbeidsverhoudingen	91
II.	Collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector	95
	A. Onbekend en onbemind	95
	B. Verschillen met het collectief arbeidsrecht in de privésector	96
	C. Naar afdwingbare akkoorden in de publieke sector?	103
	1. Probleemstelling	103
	2. Mogelijkheden binnen het bestaande regulerend kader	104
	a. Partiële uitbreiding toepassingsgebied CAO-wet	104
	b. CAO's van de Nationale Arbeidsraad op de (onderhandelings)tafel	105
	c. Sociaal bemiddelaars in de publieke sector	106
	3. Enkele nieuwe voorstellen	107
	a. Bindend advies naar het voorbeeld van de autonome overheidsbedrijven	107
	b. Overeenstemmingsvereiste naar Nederlands model ..	108
	c. Protocol = collectieve arbeidsovereenkomst	109
	d. Ambtenaren en collectieve arbeidsovereenkomsten: (on)verzoenbaar?	110
	4. Beoordeling	111
	D. <i>Quo vadis?</i>	112
	1. Hoog op de onderzoeksagenda	112
	2. Recht op collectief onderhandelen	113
	3. Toenemende contractualisering van de arbeidsverhoudingen	114
	4. Relatie tot het arbeidsrecht	114
	E. Afsluiter	116

Morgen iedereen coöperant?

Mondragon geconfronteerd met de globalisering

	Amanda LATINNE	119
I.	Inleiding	119
II.	FAGOR: de bakermat van de Mondragon-groep en tegelijkertijd een van zijn meest fervente trendsetters op het vlak van globalisering	121

A.	De start van de Mondragon-groep tegen de achtergrond van een kapitalistische en corporatistische maatschappij	121
B.	De ontwikkeling van de ideologie, de consolidatie van de groepsstructuur en de globalisatiestrategie	122
C.	De crisis van 2008 en de onverwachte ontwikkelingen	127
D.	De zwerige wals van regeringen en sociale economie	128
III.	Tot slot	131

**Havenarbeid als gesloten tewerkstellingssysteem onder (Europese) druk:
naar het einde van een tijdperk?**

	Johan PEETERS	135
I.	Inleiding	135
II.	Gesloten tewerkstellingssysteem	136
III.	Vrijheid van beroepskeuze en negatieve syndicale vrijheid	141
IV.	Havenarbeid door zelfstandigen	144
V.	Europees vrij verkeer en vrijheid van vestiging	146
VI.	Afsluitende bedenkingen	152

**Over ontmoetingen tussen de afdeling Wetgeving van de Raad van State
en het sociaal recht**

	Véronique PERTRY	155
I.	Inleiding	155
II.	Raad van State: afdeling Wetgeving	156
A.	Algemeen	156
B.	Samenstelling	157
C.	Bevoegdheid	157
D.	Werkwijze van de afdeling Wetgeving	159
E.	Termijnen voor een advies	159
F.	Kenmerken van het advies van de afdeling Wetgeving	162
G.	Gevolgen van een advies van de afdeling Wetgeving	163
H.	Sancties in geval van niet-naleving van de adviesverplichting ...	163
I.	Publiciteit van de adviezen	165
III.	Beknopt overzicht van de voornaamste bemerkingen van de afdeling Wetgeving ‘typisch’ voor het sociaal recht	166
A.	De sociale wetgever is altijd gehaast	166
	... en komt soms zelfs te laat	167
	... en leek geen tijd te hebben om aan de voorafgaande verplichte vormen te voldoen	168
B.	De sociale wetgever ziet mogelijk enkele aspecten van de (sociale) staatshervorming over het hoofd	168

C.	De sociale wetgever houdt onvoldoende rekening met artikel 23 van de Grondwet.	170
1.	Niet de Koning, maar de wetgever zelf: het legaliteitsprincipe.	170
2.	Standstill.	176
D.	Voor een rechtstak die bij uitstek de (effectieve) gelijkheid nastreeft, is sociaal recht een ware kampioen als het op (juridische) ongelijkheden aankomt.	177
E.	Ook andere grondwetsbepalingen worden soms uit het oog verloren.	180
F.	De sociale wetgever is creatief en vergeet hierbij al eens ...	181
1.	... dat er reeds sociaal recht bestaat.	181
2.	... dat het sociaal recht ook een deel is van een ruimer juridisch geheel.	182
G.	Europese richtlijnen laten omzetten door de sociale partners heeft zo ook zijn nadelen.	185
H.	Opgelet voor het Herziene Europees Sociaal Handvest.	186
I.	En voor IAO-verdragen en IAO-aanbevelingen.	186
J.	Belgische regelgeving in overeenstemming brengen met Europese richtlijnen blijkt niet eenvoudig te zijn.	188
K.	De openbare sector lijkt vergeten.	188
IV.	Besluit.	189

Enige beschouwingen over de betekenis van grondrechten in het arbeidsrecht in het algemeen en van het recht op staking in het bijzonder Wilfried RAUWS.

I.	Inleiding.	193
II.	Grondrechten als seculier natuurrecht?	193
III.	Kritieken op de grondrechten.	195
IV.	De cassatierechtspraak van het begin van de jaren tachtig over de staking en de uitsluiting: majesteitsschennis?	201
V.	De uitsluiting op een dwaalspoor?	203
VI.	Naar een terugkeer van het onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde collectieve acties: politieke stakingen.	204
VII.	Solidariteitsacties.	206
VIII.	Belangengeschillen en beperkingen krachtens CAO.	207
IX.	De open notie van het 'recht op collectief optreden'.	208
X.	Collectieve actie en strafbare gedragingen.	210
XI.	Beperkingen van het recht op collectieve actie overeenkomstig artikel G van het Herziene Europees Sociaal Handvest voorgeschreven 'bij wet'.	212
XII.	De zwakte van het toezichtmechanisme bij het ESH.	216

XIII. Het recht op collectieve actie: een grondrecht maar geen absoluut recht	219
XIV. Conclusies	222

Welzijn op het werk als grondrecht

Een reflectie over de grondrechtelijke onderbouw van het welzijnsrecht

Kelly REYNIERS	225
I. Inleiding	225
II. De nexus welzijnsrecht en menselijke waardigheid	226
A. Inleidende bedenkingen bij (een recht op) menselijke waardigheid	226
B. Arbeidsverhoudingen en menselijke waardigheid: de vereiste van ‘ <i>decent work</i> ’	228
C. Het welzijnsrecht: een concretisering en operationalisering van het recht op menselijke waardigheid	229
III. Elementen van de grondrechtelijke onderbouw	230
A. Ontstentenis van een expliciet ‘recht op welzijn op het werk ...’ ..	230
B. ... maar een veelheid aan grondrechten (en internationale arbeidsnormen) gelieerd aan het welzijnsrecht.	230
1. Het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en het recht op veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden	231
2. Het recht op informatie en raadpleging (overleg)	233
3. Het recht op collectief onderhandelen	234
4. Het recht op sociale zekerheid en het recht op bescherming van de gezondheid	235
5. Internationale arbeidsnormen	236
IV. Slotbeschouwingen	237

De zaak Sjostakovitsj

Fernand TANGHE	239
----------------------	-----

Beeldjes, plaatjes, praatjes	244
------------------------------------	-----

S herbekeken	249
--------------------	-----

Het ISUA of Instituut voor de Samenwerking tussen de Universiteit en de Arbeidersbeweging

De kracht van een solidair bastion

Nathalie VALLET en Dominique KIEKENS	253
I. Inleiding	253
II. Over het DNA of de vier genen van het ISUA	254
De principiële standvastigheid in turbulente tijden	254

De brede, multidisciplinaire kijk op arbeid-gerelateerde vraagstukken	255
Recht is maakbaar	256
Coproductie avant la lettre	256
III. Over het vehikel of de werking van het ISUA	257
De vloer	258
'Marc'ante initiatieven	259
Goede voorbeelden en internationale contacten	262
Alternatieven	263
IV. Besluit	264

De definitieve arbeidsongeschiktheid als een vorm van beëindigende overmacht: juridisch aanvechtbaar en een sociale staat onwaardig!

Kim VAN DEN LANGENBERGH en Anne VAN REGENMORTEL	265
---	-----

Inleiding	265
I. Schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst als systeem met eigen dynamiek	267
II. Inkomenswaarborg en risicoverdeling	274
III. Als het regent in Frankrijk, druppelt het niet altijd in België ...	278
IV. Het discriminatiebeginsel als katalysator voor een heropleving van dit debat	284
Uitleidende beschouwingen	289

De amplitude van de wilsautonomie

Ilse VAN PUYVELDE	291
-------------------	-----

Inleiding	291
I. Wilsautonomie en de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst	292
II. Belang van de geschreven arbeidsovereenkomst	296
III. Contractuele variabiliteit	297
IV. Mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst ...	304
V. Impliciet ontslag	308
VI. Slotbeschouwingen	310

De januskop van de Europese interne markt: deloyale sociale concurrentie of protectionisme?

Herwig VERSCHUEREN	313
--------------------	-----

I. Inleiding	313
II. Het vrije verkeer van werknemers en de territoriale toepassing van het arbeidsrecht	315
III. De territoriale toepassing van het arbeidsrecht geldt niet voor gedetacheerde werknemers	316
IV. Deloyale sociale concurrentie of protectionisme?	323

DE RELATIEVE KRACHT VAN HET ARBEIDSRECHT

Jan BUELENS

Gastprofessor Universiteit Antwerpen

Advocaat, Progress Lawyers Network

INLEIDING

In het professionele leven ontbreekt het te vaak aan tijd om te reflecteren over recht in het algemeen of over de rechtstak waarmee men zich in het bijzonder inlaat. Het schrijven van een bijdrage voor Marc RIGAUX is echter een uitstekende gelegenheid om daar verandering in te brengen. Marc RIGAUX heeft altijd een visie op het arbeidsrecht uitgedragen en anderen, waaronder mezelf, geïnspireerd en gestimuleerd om hetzelfde te doen.

Wat me vanaf mijn eerste stappen in het arbeidsrecht heeft geïntrigeerd, is de enorme kloof tussen de theorie en de praktijk. Ongetwijfeld is die kloof ook aanwezig bij andere rechtstakken, maar in het arbeidsrecht komt hij bijzonder scherp tot uiting. Vanuit mijn dubbele hoedanigheid (verbonden aan de universiteit en aan de balie) zal ik kort reflecteren over de relatieve kracht van het arbeidsrecht. Ik doe deze oefening aan de hand van enkele publicaties van Marc RIGAUX, die nog steeds toonaangevend zijn.

DE KRACHT VAN HET ARBEIDSRECHT

Zonder enige twijfel kan aan het Belgische arbeidsrecht een belangrijke kracht worden toegekend, en dit zowel in zijn individuele als in zijn collectieve dimensie.

Vooreerst is het een rechtstak die op vrij uitvoerige wijze een bescherming biedt aan de individuele werknemer. Zowel voor de aanwerving, de tewerkstelling als het ontslag bestaat er een set van dwingende regels. Bijzondere contracten zijn toegelaten, doch binnen een bepaald kader. Daarnaast komt een bijzondere plaats toe aan het CAO-recht. Deze subdimensie van het arbeidsrecht vormt er tegelijk

een hoeksteen van.¹ Ze wordt nog te weinig belicht en een aantal bepalingen ervan blijven onderbenut, vooral die van procedurele aard. Zo kent artikel 4 CAO-wet een vorderingsrecht toe aan representatieve werknemersorganisaties en penali-seerde (oud) artikel 56 CAO-wet² elke overtreding van een algemeen verbindend verklaarde CAO. Dit artikel werd weliswaar gehanteerd in het kader van arbeids-rechtelijke vorderingen, maar zo goed als niet in het kader van strafrechtelijke procedures. Een meer doortastend optreden van de arbeidsauditeur zou daar verandering in kunnen brengen, maar bij gebrek daaraan zouden representatieve werknemersorganisaties ook kunnen ageren. Sommige inbreuken zijn immers van die aard dat ze op meer gepaste wijze voor de strafrechter thuishoren.

Algemeen beschouwd, vormt het arbeidsrecht een consistent en logisch geheel, dat ontwijkings technieken in belangrijke mate ondervangt.

Deze kracht van het arbeidsrecht is historisch te verklaren. Het hoeft geen betoog dat het arbeidsrecht grotendeels als '*droit acquis*' kan worden gekwalificeerd. Het is een rechtstak die niet in de schoot geworpen werd van de werknemers, maar vaak werd afgedwongen door sociale actie. Vele bestaande rechten zijn dan ook terug te brengen tot dergelijke periodes van sociale actie. Het zou de moeite lonen de ontstaansgeschiedenis van de verschillende arbeidswetten één voor één te overlopen, maar dit gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.³

DE RELATIVITEIT VAN HET ARBEIDSRECHT

Aan de andere kant stuit het arbeidsrecht ook vaak op zijn limieten. Dit is niet alleen het geval omdat de inhoudelijke bescherming en in het bijzonder de sancti-

¹ Aan Marc RIGAUX kan dit niet liggen. Hij was de drijvende kracht achter de reeks *C.A.O.-recht* (Diegem, Ced.Samsom) en later het boek *Collectief onderhandelen* (Mechelen, Kluwer, 2007, 390 p.).

² Dit artikel werd overgenomen in het Sociaal Strafwetboek, doch verviel op 1 juli 2015. In de schoot van de NAR wordt thans een oplijsting gemaakt van bepalingen die strafbaar zouden blijven. Uiteraard zijn er ook nog andere wetten, zoals de Loonbeschermingswet, die strafrechtelijk gesanctioneerd zijn. Maar een deel van het arbeidsrecht zal niet langer aanleiding kunnen geven tot vervolging, wat een kwalijke zaak is.

In ieder geval zal het erop aankomen om ervoor te zorgen dat de bestaande strafbaarstellingen behouden blijven. Wat als een modernisering wordt voorgesteld, heeft soms tot gevolg, als niet tot doel, bepaalde voor werkgevers 'hinderlijke' strafbaarstellingen de wereld uit te helpen. Ook de plannen van Justitieminister Koen GEENS desbetreffend verdienen om die reden opvolging, want het is geen ver verwijderd schrikbeeld dat op een sluipende manier een deel sociale bescherming wordt afgebouwd.

³ Deze band werd wat mij betreft duidelijk toen ik bij het schrijven van mijn eerste paper over arbeidsrecht bij Marc RIGAUX de parlementaire voorbereidingen van de Sluitingswet erop nalas.

onering meer dan eens tekortschiet, doch ook omdat de werknemers hun rechten niet (kunnen) opeisen.⁴

Ik zal dit trachten te illustreren aan de hand van de criteria op basis waarvan een werknemer beslist om al dan niet een proces in te spannen. Beslissen over een proces hangt af van een heel aantal factoren, maar vier ervan komen steeds terug: is de zaak inhoudelijk voldoende solide, is er bewijs voorhanden, wie spant het proces in en wat is de kostprijs ervan? We behandelen deze factoren in die volgorde.

EEN GEBREK AAN INHOUDELIJKE BESCHERMING

Het gebrek aan inhoudelijke bescherming toont zich reeds scherp bij de vraag naar de toepasselijkheid van het arbeidsrecht.

Het is een open deur intrappen. Waar vroeger zelfstandigenovereenkomsten regelmatig werden geherkwalificeerd in arbeidsovereenkomsten, is dit sinds eind 2006 ontzaglijk veel moeilijker geworden. De formele realiteit primeert op de feitelijke realiteit. Het gaat om een (nauwelijks verholen) terugkeer naar artikel 1134 BW.⁵ Concreet impliceert dit dat het arbeidsrecht voor tienduizenden arbeidskrachten die op deze manier werken, van nul en generlei waarde is. Het verschaft hun geen inhoudelijke bescherming.

Betekent dit dat het goed zou zijn een derde categorie van arbeidskrachten te erkennen? Ik denk van niet. De enige uitweg is het in vraag stellen van de uitgangspunten van de Arbeidsrelatiewet. In afwachting ervan zou men kunnen overwegen bepaalde rechten ook aan zelfstandigen toe te kennen, zoals dit nu al het geval is met de welzijnswetgeving, maar dat is iets anders dan een eigen categorie met eigen rechten en plichten creëren. Door voormelde mogelijkheid tot omzeiling van de arbeidsovereenkomst viel te vrezen dat er op korte termijn nog maar weinig (juridische erkende) werknemers zouden overblijven. De werknemersbeweging heeft echter bewezen dat ze zich niet zomaar noch zo gauw in het keurslijf van de rechteloosheid laat wringen.

De wildgroei van contracten latend voor wat ze is, focussen we dan nu op het meest in het oog springende voorbeeld van de relativiteit van het arbeidsrecht, namelijk de absolute ontslagmacht. Ook hier legde Marc RIGAUX al snel de vinger

⁴ Los daarvan is er ook een reëel probleem dat een aantal facetten eenvoudigweg ontsnappen aan rechterlijk toezicht of hoogstens marginaal worden gecontroleerd. Het typevoorbeeld is de organisatie van het werk zelf.

⁵ M. RIGAUX en A. VAN REGENMORTEL, *Rechts(on)zekerheid omtrent (schijn)zelfstandigheid: De gespannen verhouding tussen artikel 1134 BW en de sociaalrechtelijke finaliteit*, Antwerpen, Intersentia, 228 p.; zie ook J. BUELENS, “Ze werken zo goed, meneer”, *De Tijd* 22 oktober 2010.

op de wonde.⁶ Het Belgische systeem was en is nog altijd synoniem aan het afkopen van het ontslag.

Tot de vaststelling komen dat een werkgever, om welke absurde reden ook, een arbeidsovereenkomst van de ene dag op de andere dag kan beëindigen, echt wenen doet dat niet.

De onrechtvaardigheid van de absolute ontslagmacht is in het bijzonder frappant bij het ontslag van personeelsafgevaardigden, aan wie om terechte redenen een bijzondere bescherming is verleend.

Niet zelden gaat het ontslag van een personeelsafgevaardigde gepaard met een campagne van werkgeverszijde waarin gewezen wordt op de hoge vergoeding die wordt uitbetaald en de boodschap dat de betrokken werknemer in vergelijking met andere werknemers niets tekort zal komen. De woorden ‘draconische vergoeding’ vallen dan snel. *Blaming the victim*. Van een effectieve bescherming is echter geen sprake. Een effectieve bescherming zou er immers op neerkomen dat de werknemer de keuze heeft om voor een re-integratie te kiezen en dat de werkgever niet kan weigeren de werknemer die deze wens uit, het werk te laten hernemen. Marc RIGAUX heeft zich altijd uitgesproken voor een re-integratie van onrechtmatig ontslagen personeelsafgevaardigden.

De twee argumenten tegen een verplichte re-integratie vallen eerder licht uit.

Een eerste (juridisch) argument is dat een werkgever niet tegen zijn wil verplicht kan worden om met iemand anders te contracteren. Het Franse Hof van Cassatie heeft deze theorie vakkundig onderuit gehaald. Ook SALOMEZ deelt de mening niet in zijn proefschrift.⁷ Hij vindt geen voldoende juridische grondslag terug voor het bestaan van een absolute ontslagmacht. Het moet minstens de wenkbrauwen doen fronsen dat wat als een hoeksteen van het arbeidsrecht doorgaat, geen solide juridische basis heeft, maar eerder een gevolg is van onderliggende liberale waarden. Het principe dat iemand niet tegen zijn wil verplicht kan worden om met iemand anders te contracteren, wordt overigens sterk gerelativeerd in andere rechtstakken, om te beginnen in het burgerlijk recht.⁸ Dit eerste argument

⁶ M. RIGAUX en P. HUMBLET, “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”, RW 1988-89, 729-743.

⁷ K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 457 p.

⁸ In een aantal recente arresten heeft het Hof van Cassatie deze contractdwang zelfs nog aangescherpt. Opmerkelijk is dat de rechtbanken weigeren om deze principes door te trekken naar het arbeidsrecht: zie Arbrb. Antwerpen 23 oktober 1997, *Soc.Kron.* 1999, 244; ook een omweg via de burgerlijke rechtbank biedt geen soelaas: zie Voorz. Rb. Brussel 30 januari 2001, *JTT* 2001, 336.

is dan ook eerder ideologisch dan juridisch van aard. Het dient niet het ideaal van rechtvaardigheid, maar eerder het belang van ondernemingen.

Als tweede argument wordt naar voren geschoven dat de betrokken werknemer meestal geen vragende partij is voor een re-integratie. Er zou immers sprake zijn van een dermate ernstige vertrouwensbreuk tussen werkgever en werknemer dat deze laatste zich niet meer goed in zijn vel zou voelen en eventueel op een andere manier uit de onderneming kan worden gewerkt. Ook dit argument kan gemakkelijk worden weerlegd. Indien dit het geval zou zijn, verzet immers niets zich tegen het bieden van de mogelijkheid tot re-integratie aan de werknemer. Het is dan aan hem of haar om een keuze te maken. Bovendien zou de arbeidswetgeving kunnen worden aangescherpt om dergelijke duidelijke uitingen van syndicale discriminatie aan banden te leggen.⁹

Als het ontslag daarenboven (expliciet) gestoeld is op syndicale redenen¹⁰, komt dit ontslag in aanvaring met internationaalrechtelijke principes.¹¹ Net zoals in andere domeinen, zou het principe van de effectieve, afschrikwekkende en ont-radende sanctie hier ten volle moeten worden toegepast.

Bij een collectief ontslag heeft de ontslagmacht vanzelfsprekend nog meer impact.

Vanuit de terechte bekommernis om werkzekerheid hechtte Marc RIGAUX veel belang aan de informatie- en raadplegingsverplichting bij collectief ontslag.¹² Juridisch gesproken is de wet-Renault een vooruitgang geweest. Dat werkgevers nu pleiten voor de muilkorving van deze procedure en dat het regeerakkoord hen ook daarin tegemoet treedt¹³, wijst erop dat ze met (de toepassing van) de wet verveeld zitten. Vakbondsmensen pleiten dan weer voor het behoud van de huidige wet. Dit mag ons niet blind maken voor het kernprobleem waarmee de wet behept is. Een werkgever – goed geadviseerd door juristen allerhande – die braafjes een ‘draaiboek voor collectief ontslag’ volgt, is vrij van elk risico. Werknemers

⁹ De veroordelingen in België wegens syndicale discriminatie zijn eerder beperkt, maar daarom niet onbelangrijk. Zie Arbh. Brussel 6 april 2007, *Soc.Kron.* 2008, 15, noot J. BUELENS (ontslag beschermde werknemer); Cass. 15 oktober 2012, S.11.0052.N, www.juridat.be (prestatieverlo-ning) en Arbh. Bergen 5 september 2014, AR 2013/AM/102, onuitg. (uitsluiting van deelname aan de sociale verkiezingen). Het gaat om een contentieux dat aan belang kan winnen.

¹⁰ Het klassieke voorbeeld is Arbrb. Antwerpen 23 oktober 1997, *Soc.Kron.* 1999, 244.

¹¹ L. ELIAERTS en J. BUELENS, “Ontslagbescherming en vertegenwoordiging van werknemers” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 571-693, met verwijzingen naar andere auteurs.

¹² M. RIGAUX (ed.), *De nieuwe procedure collectief ontslag: naar een efficiëntere bescherming van het recht op informatie en raadpleging?*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 151 p.

¹³ Concreet is er sprake van de inkorting van de informatie- en raadplegingsverplichting en de mogelijkheid tot afsluiting van deze procedure door de sociaal bemiddelaar (regeerakkoord 11 oktober 2014, 12, www.premier.be/sites/default/files/articles/Accord_de_Gouvernement_-_Regeerakkoord.pdf).

informerend, antwoorden op vragen en alternatieven, ... dat heeft men er nog wel voor over, als het initiële objectief maar wordt bereikt.

Ook hier zou het minstens van meer respect voor de doelstelling van werkzekerheid getuigen als de inhoud/kwaliteit van de informatie en raadplegingsverplichting op grondige wijze door een derde (administratie of rechtbank) zou worden beoordeeld.

Fundamenteel is er dringend behoefte aan een ernstige herdenking van de ontslagmacht.¹⁴ Ze is juridisch niet consistent en leidt tot onrechtvaardige situaties. Op dat vlak is arbeidsrecht bedrijven aan de zijde van de werknemer enigszins frustrerend. De debatten in de rechtszaal verworden meer en meer tot juridisch-technische onderonsjes, waarbij de echte maatschappelijke inzet ver zoek is. Zonder aan verafgoing te doen, kan men alleen maar jaloers zijn op de wetgeving en jurisprudentie die bijvoorbeeld in Frankrijk bestaat, maar ook in zekere mate in Nederland en Duitsland.

En zo kunnen we nog wel even doorgaan. Ook hier zou het de moeite lonen om de verschillende arbeidswetten één voor één te overlopen, maar dit gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

BEWIJSLEVERING, KOSTEN VAN VERDEDIGING EN PROCESBEKWAAMHEID

Zelfs met de beste inhoudelijke zaak hangt veel af van het voorhanden zijn van bewijs, afgezien van de beoordeling ervan door de rechter uiteraard. Over deze kwestie bestaat er betrekkelijk weinig kritische literatuur. Vaak wordt volstaan met de opmerking dat het bewijs in het arbeidsrecht vrij is, hoewel dat natuurlijk niet alle problemen oplost. De bewijslevering wordt over het algemeen als een neutrale aangelegenheid bestempeld. Gelet op de ongelijke verhouding tussen werkgever en werknemer, is deze voorstelling van zaken niet correct. De vraag of iemand een contract heeft, loonfiches of registratie van prestaties, hangt meestal af van de wil van de werkgever. En hoe zwakker de positie van de werknemer, hoe meer hier misbruik van wordt gemaakt. In dit verband is er een rol weggelegd voor de magistratuur en voor de wetgever.

Magistraten zouden strenger kunnen zijn door aan de werkgever meer bewijs te vragen, zelfs indien deze laatste verweerder is; het Gerechtelijk Wetboek biedt hun hiertoe voldoende houvast.

¹⁴ K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 457 p.

De wetgever zou de bewijslevering kunnen faciliteren door meer te werken met vermoedens. Dit is een beproefde techniek, die mede onder druk van het vrije verkeer van diensten werd afgezwakt, doch nu mondjesmaat terug wordt ingevoerd omdat de afschaffing ervan leidde tot misbruiken.

Een fenomeen dat de laatste jaren aan belang wint, is dat werknemers hun rechten niet opeisen. Dit komt in het bijzonder voor bij kwetsbare groepen. Gelet op de diversiteit en de toevloed van dergelijke groepen op de arbeidsmarkt (“ketens van preciaire tewerkstelling”, zoals Marc RIGAUX ze terecht noemde), wordt dit fenomeen stilaan een uitdijende plaag. Deze plaag wordt nog versterkt doordat de toegang tot het gerecht geen drempel, maar een muur is geworden.¹⁵ Sinds 2007 zijn de rechtsplegingsvergoedingen enorm de hoogte in gegaan. Aangezien werknemers en werkgevers dezelfde vergoeding moeten betalen bij verlies van de zaak, worden ze op voet van formele gelijkheid geplaagd.¹⁶ De invoering van een btw-tarief van 21% op de erelonen en kosten van advocaten heeft de kosten van vertegenwoordiging op aanzienlijke wijze de hoogte in gejaagd. Gesyndiceerde werknemers kunnen weliswaar een beroep doen op de dienstverlening van de vakbond (die vaak niet tussenkomt in de rechtsplegingsvergoeding), doch ook daar ziet men zich om financiële redenen genoodzaakt strenger te zijn bij de selectie van dossiers. In dossiers die te weinig slaagkansen bieden (bv. kennelijk onredelijk ontslag¹⁷), dienen vakbondsleden toch een beroep te doen op een advocaat. Hebben zij daar onvoldoende middelen voor, dan wordt de zaak eenvoudigweg niet ingeleid¹⁸, wat op zijn beurt leidt tot een verschraling van de rechtspraak, want het is vaak naar aanleiding van niet-evidente zaken dat belangrijke uitspraken tot stand komen.

In hetzelfde kader dient er ook dringend een debat te worden gevoerd over de verruiming van de artikelen 17 en 18 Ger.W., die stellen dat men een belang moet aantonen om een proces in te spannen. Dit klinkt als de essentie zelf, maar de toepassing ervan in de – overigens niet-uniforme¹⁹ – rechtspraak leidt ertoe dat heel wat zaken stranden in de fase van de ontvankelijkheid. Nochtans zou een ruimere rechtstoegang ertoe kunnen leiden dat de werknemersorganisaties meer zaken kunnen inleiden namens werknemers dan momenteel het geval is.²⁰ Aangezien

¹⁵ J. BUELENS, “Drempels voor rechtspraak zijn muren geworden”, *De Tijd* 8 september 2014.

¹⁶ Ook hier is een terugkeer te zien naar art. 1134 BW (vgl. M. RIGAUX en A. VAN REGENMORTEL, *Rechts(on)zekerheid omtrent(schijn)zelfstandigheid: de gespannen verhouding tussen artikel 1134 BW en de sociaalrechtelijke finaliteit*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 228).

¹⁷ Hoewel het contentieux op dit vlak aan belang zal inboeten, zowel wegens de ruime criteria die veel vrijheid bieden aan de werkgever, als wegens de beperkte vergoeding die gekoppeld is aan een inbreuk op de betrokken CAO.

¹⁸ Wat op zich de druk verhoogt om een privérechtsbijstandsverzekering te nemen.

¹⁹ Zo is de Raad van State veel restrictiever dan het Hof van Cassatie, en zeker het Grondwettelijk Hof.

²⁰ Art. 4 CAO-wet is vooral dienstig voor een persoonlijke vordering namens de werknemersorganisatie. Daarnaast bevat ook de antidiscriminatiewetgeving een vorderingsrecht.

een dergelijke verruimde rechtstoegang al werd ingevoerd voor gedetacheerde werknemers, verhindert niets dat dit ook gebeurt voor vergelijkbare groepen kwetsbare werknemers.²¹ Inspiratie kan tevens worden geput uit de huidige discussies over de procesbekwaamheid van organisaties met rechtspersoonlijkheid.²²

DE RELATIEVE KRACHT VAN HET ARBEIDSRECHT

Is het arbeidsrecht nu krachtig of toch vooral relatief?

Het Belgische arbeidsrecht kampt met een aantal historische zwaktes (in het bijzonder de absolute ontslagmacht) en heeft de laatste jaren ook terrein moeten prijsgeven (in het bijzonder wat betreft de toename van preciaire contracten).

De grootste uitdaging van de komende jaren bestaat erin de fundamenteën van het arbeidsrecht te blijven beschermen en te versterken, want ze staan ernstig onder druk in heel Europa. In het najaar van 2014 werd op aangeven van een loopjongen van het kapitaal²³ – minister Macron – een groot deel van de Franse arbeidswetgeving in de prullenmand gekieperd. De Franse vakbonden waren niet in staat om dit offensief te counteren. “Als het regent in Parijs, druppelt het in Brussel.” Je mag er dus gif op innemen dat België vroeg of laat ook met een dergelijk plan zal worden geconfronteerd.

Om deze evolutie tegen te gaan en tegelijk positieve voorstellen te formuleren voor een (noodzakelijke) verbetering en uitbreiding van het arbeidsrecht, is een

²¹ Art. 2 t.e.m. 4 wet 3 juni 2007 houdende diverse bepalingen, BS 23 juli 2007. Deze wet wijzigde de wet van 5 maart 2002 tot omzetting van de Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten. In de Memorie van Toelichting luidt het dat werknemersorganisaties in rechte kunnen ageren zonder over een vorm van machtiging van de gedetacheerde werknemer te beschikken teneinde “een efficiënte strijd tegen de misbruiken in het kader van de detachering van werknemers te verzekeren, in het bijzonder om de terughoudendheid te verhelpen van bepaalde gedetacheerde werknemers die, uit angst voor vergeldingsmaatregelen, zich onthouden van een optreden” (MvT bij het wetsontwerp houdende diverse arbeidsbepalingen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 513067/001, 7).

²² Voor organisaties met rechtspersoonlijkheid heeft het Grondwettelijk Hof de aanzet gegeven tot een verruiming van de procesbekwaamheid door te stellen dat de wetgever discriminerend te werk gaat door slechts aan bepaalde organisaties een *ius agendi* toe te kennen (GwH 10 oktober 2013, nr. 133/2013). De bal ligt dus in het kamp van de wetgever. Die kan zich niet tevreden stellen met wat eufemistisch als de wet op de *class actions* geboekstaafd staat, aangezien deze wet slechts geldt in een zeer beperkt aantal materies en voor een aantal organisaties (wet 28 maart 2014 tot invoeging van titel 2 “Rechtsvordering tot collectief herstel” in boek XVII “Bijzondere rechtsprocedures” van het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van economisch recht, BS 29 april 2014).

²³ Dit is geen slogan. Na het ontslag van minister Montebourg, die als te links werd beschouwd, werd Macron tot minister benoemd. Voorheen werkte deze miljonair als bankier bij Rothschild.

gedegen inhoudelijke visie op de doelstellingen van het arbeidsrecht onontbeerlijk. Tevens lijkt een samenwerking tussen juristen uit diverse middens, zowel academici, advocaten, magistraten als vakbondsjuristen, onontbeerlijk.

Veel zal afhangen van de manier waarop met het arbeidsrecht wordt omgesprongen. Als er voortdurend wordt gezocht naar een betere inhoudelijke bescherming van de werknemer, nieuwe middelen om effectiviteit te verlenen, een betere benutting van internationale fora, interactie met andere rechtstakken, is er nog heel wat vooruitgang mogelijk.

Het is een illusie om te denken dat het (arbeids)recht alles kan en moet regelen, maar het kan wel een belangrijk element zijn in de verbetering van de positie van de werknemer, die momenteel langs alle kanten onder druk staat.

Ik ben ervan overtuigd dat Marc RIGAUX deze analyse volmondig kan bijtreden en ik verheug mij erop om ook in de toekomst met hem daarover van gedachten te kunnen blijven wisselen.

CAO'S: MOEILIJK EVENWICHT TUSSEN AUTONOMIE EN WETTIGHEID?

Guy Cox

Directeur-generaal FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg

Het vraagteken achter de woorden “CAO's: moeilijk evenwicht tussen autonomie en wettigheid” staat er niet zomaar.

Het geeft aan dat het vinden van dat evenwicht volgens mij niet zo moeilijk is. Sterker nog: het vinden van dat evenwicht is noodzakelijk om de autonomie van de sociale partners te versterken.

Er is dus geen tegenstelling tussen beide: CAO's zullen wettig moeten zijn of niet zijn.

De vraag uit de titel kan daarom ook opgesplitst worden in twee deelvragen. Waarom moet een CAO wettig zijn? Hoe zorgen we ervoor dat CAO's wettig zijn?

I. WAAROM MOET EEN CAO WETTIG ZIJN?

In een CAO maken partijen afspraken over rechten en plichten inzake arbeidsvoorwaarden voor al diegenen op wie de CAO van toepassing is en ook over de verbintenissen die tussen de ondertekenaars zullen gelden.

Een CAO is een belangrijke aanvulling op de individuele overeenkomst tussen werkgever en werknemer en op de door de overheid vastgelegde arbeidsvoorwaarden.

De noodzaak om deze aanvulling mogelijk te maken is historisch gegroeid vanuit een dubbele bekommernis. De positie van de werknemer die zijn diensten moet verhuren aan de eigenaar van de productiemiddelen, moest versterkt worden. Door in groep voor hun belangen op te komen via representatieve woordvoerders, slagen de werknemers er min of meer in hun 'economische ondergeschiktheid' deels te corrigeren. Een tweede belangrijk motief voor het sluiten van CAO's bestaat erin dat door voor een hele bedrijfssector een reeks standaardafspraken te maken op het gebied van loon- en arbeidsvoorwaarden, men deloyale concurrentie op dit gebied wenst te voorkomen. Dit is belangrijk voor beide partijen.

Zoals men weet, bestaan er twee grote categorieën van CAO's, naargelang ze binnen of buiten een paritair orgaan worden gesloten. Van deze die buiten een paritair orgaan gesloten worden, zijn de ondernemings-CAO's de meest

voorkomende en best gekende. Zij worden gesloten tussen de werkgever en de vertegenwoordiger van één of meer vakbonden. In een paritair orgaan worden de CAO's gesloten in een paritair comité of subcomité en in de Nationale Arbeidsraad.

Indien werkgevers(organisaties) en werknemersorganisaties CAO's sluiten, is het natuurlijk de bedoeling dat de inhoud ervan nageleefd wordt. Zoals bij elke overeenkomst, moet er dus een dwangmiddel bestaan om een partij die haar deel van de afspraken niet nakomt, daartoe te dwingen.

De twee meest gebruikte methodes om een geschil over de naleving van die afspraken op te lossen, zijn de verzoening/bemiddeling en de gerechtelijke weg.

Via verzoening en bemiddeling worden gemiddeld jaarlijks 300 à 500 collectieve geschillen behandeld in de door de paritaire comités daartoe opgerichte verzoeningsbureaus. Veel van de er behandelde geschillen gaan over de naleving van CAO's.

De andere weg om geschillen over de naleving van CAO's te laten beslechten is via juridische weg, met de eventuele tussenkomst van de inspectie van het Toezicht op de Sociale Wetten, het arbeidsauditoraat, de Dienst administratieve geldboeten en/of de arbeidsgerechten. Van de ± 43.000 inbreuken die door de inspectie van sociale wetten in 2014 werden vastgesteld, betrof bijna 20% inbreuken die verband hielden met het niet naleven van een algemeen verbindend verklaarde CAO. Bij 87% van deze inbreuken werd door de inspectie geopteerd voor een regularisatie. Een P.V. werd in 9% van die gevallen opgesteld en in 4% van die gevallen volgde er een waarschuwing.¹

Een groot deel van de geschillen over de toepassing van CAO's wordt dus op de klassieke juridische wijze beslecht. Op dat ogenblik is het natuurlijk wel belangrijk dat de CAO wettig is. Een onwettige CAO zal immers zowel door de inspectie, de auditeur, de Dienst administratieve geldboeten als door een rechter terzijde geschoven worden, en dus wellicht ook door een werkgever die onder de toepassing valt. Dit is niet in het belang van de partij die men via een CAO beter tracht te beschermen, namelijk de werknemer. Het is dus in eerste instantie de werknemer die er belang bij heeft dat een CAO's wettig is. Maar ook voor de bonafide werkgevers en de ondernemingen is het vermijden van valse concurrentie vanwege cowboys slechts mogelijk indien de CAO wettig zijn. Vermits het voor partijen en vooral voor de werknemers van belang is dat een CAO wettig is, moet men zich afvragen wie daarop moet toezien. Wie kan/moet er zorg voor dragen dat CAO's wettig zijn? Natuurlijk zijn dat in eerste instantie de auteurs zelf: voor alle CAO's, ongeacht het niveau, binnen of buiten paritair orgaan, zijn zij de eerste verantwoordelijken die ervoor kunnen zorgen dat CAO's wettig worden opgesteld naar vorm en inhoud. Hun belang daarbij is duidelijk: indien CAO's de rol moeten vervullen die de wetgever mogelijk maakte, dan moeten de CAO's wettig zijn.

¹ Gegevens verstrekt door de Algemene Directie van het Toezicht op de sociale wetten.

Want een rechter, een auditeur, een sociaal inspecteur of de Dienst administratieve geldboeten zal een onwettige CAO niet toepassen.

De overheid kan de auteurs helpen bij het opstellen van wettige CAO's en/of het vermijden van onwettige CAO's. De FOD WASO en haar Algemene Directie Collectieve Arbeidsbetrekkingen doet dit op twee wijzen: door mondeling en schriftelijk informatie te geven over hoe CAO's moeten worden opgesteld via telefoon, opleiding en vorming, website, brochures, briefwisseling, ... en door de auteurs van neergelegde CAO's te wijzen op vormelijke onvolkomenheden (externe wettigheidscontrole) of bij een vraag tot algemeenverbindendverklaring te wijzen op strijdigheid met hogere normen (interne wettigheidscontrole).

Deze laatste technieken, de interne en de externe wettigheidscontrole, worden verder besproken.

Het onderwerpen van alle neergelegde CAO's aan een externe wettigheidscontrole en vooral van alle CAO's van een paritair orgaan waarvoor de algemeenverbindendverklaring wordt gevraagd, aan een interne wettigheidscontrole, is overigens niet uitsluitend in het belang van de auteurs. De betrokken overheid is hier ook toe verplicht in het kader van haar eigen opdrachten en de algemene zorgvuldigheidsplicht die op haar rust.

II. BEHOORLIJK BESTUUR EN ZORG-VULDIGHEIDSNORM

De beginselen van behoorlijk bestuur vormen een onderdeel van de algemene rechtsbeginselen die aangeven hoe bestuursbeslissingen moeten worden genomen. Dat behoorlijk bestuur vervult in feite een dubbele functie. Enerzijds laten die beginselen de rechter toe een schending ervan als onrechtmatig overheids-handelen te kwalificeren en te sanctioneren. Aan de andere kant hebben deze beginselen en de draagwijdte die er in de rechtspraak aan gegeven wordt, ook een preventieve werking en kunnen zij gelden als gedragsnormen voor het bestuur.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur leggen meerdere eisen op aan de overheidsadministratie: het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, de hoorplicht, het onpartijdigheidsbeginsel, de redelijke-termijneis enz. Voor de specifieke behandeling van CAO's door de administratie is het vooral het zorgvuldigheidsbeginsel dat van belang is.²

² G. Cox en K. LEUS, "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeids-verhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeen verbindend verklaring van CAO's" in M. RIGAUX en G. Cox (eds.), *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeids-verhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 136 e.v.

Eigenlijk vormen de beginselen van behoorlijk bestuur de concretisering door de rechtspraak van de vage zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 e.v. BW, namelijk de buitencontractuele aansprakelijkheid, wat betreft het bestuur.³

III. WAT HOUDT DE ZORGVULDIGHEIDSNORM ALS VERPLICHTING IN VOOR HET BESTUUR BIJ DE NEERLEGGING EN REGISTRATIE VAN CAO'S?

De externe wettigheidscontrole die de administratie van de FOD WASO moet uitvoeren op elke CAO die neergelegd wordt, ongeacht of die binnen of buiten een paritair orgaan werd gesloten, betreft vooral de vorm, de bevoegdheid en de procedure. De inhoud van de CAO wordt niet bekeken op dat moment; die zal door de administratie enkel moeten worden gecontroleerd wanneer het een CAO is waarvoor de algemeenverbindendverklaring wordt gevraagd.

De controle op de externe wettigheid van elke CAO behelst in eerste instantie de vraag of zij voldoet aan de uitdrukkelijke voorschriften die vervat zijn in de artikelen 13, 14 en 16 van de CAO-wet: geschrift, taalvoorschrift, ondertekening, geldigheidsduur, benaming ondertekenende organisaties, ondernemingsnummer enz.⁴

Voldoet de CAO niet aan bepaalde van deze voorschriften, dan wordt de registratie 'voorlopig' geweigerd. De motieven voor deze weigering worden aan de ondertekenende partijen meegedeeld, hetgeen mogelijk maakt dat zij de tekortkomingen corrigeren en de verbeterde CAO opnieuw neerleggen. De weigering van registratie is een administratieve rechtshandeling die conform de wet van 29 juli 1991 gemotiveerd moet worden.

A. AANVULLENDE CRITERIA GEBRUIKT BIJ DE EXTERNE WETTIGHEIDSCONTROLE

De laatste jaren heeft zich noodgedwongen een praktijk ontwikkeld waarbij het bestuur bij de neerlegging van een CAO in het raam van een externe wettigheids-

³ G. COX en K. LEUS, "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeen verbindend verklaring van CAO's" in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 144.

⁴ Voor een meer gedetailleerde bespreking: P. BRAEKMANS, "De externe en interne wettigheidscontrole op CAO's", *Or.* 2008, 230 e.v.; G. COX en K. LEUS, "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeen verbindend verklaring van CAO's" in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 152.

controle ook andere elementen onderzoekt dan deze die vervat zijn in de artikelen 13, 14 en 16 van de CAO-wet.

Dit aanvullend toezicht vindt zijn oorsprong in artikel 5 van de CAO-wet, dat een CAO omschrijft als een 'akkoord' tussen partijen dat 'collectieve betrekkingen' vastlegt waarbij rechten en plichten van partijen worden geregeld.

Aangezien een CAO een akkoord is, moeten de geldigheidsvereisten van een overeenkomst worden nagegaan: toestemming, bekwaamheid, voorwerp, oorzaak. Men moet die geldigheidsvereisten dan toepassen op de bijzondere overeenkomst die een CAO is. Om na te gaan of de toestemming gegeven werd, moet men voor een CAO in een paritair orgaan bijvoorbeeld onderzoeken of alle representatieve organisaties 'toegestemd' hebben. Men moet nagaan of de ondertekenende organisaties wel 'representatief' zijn enz.

Interessante gevallen die recent leidden tot weigering van registratie (en tot controverse), zijn de volgende⁵:

- de weigering van de registratie van CAO's waarin de toekenning van de voordelen aan de werknemers afhankelijk gemaakt wordt van het sluiten van individuele overeenkomsten door elk van de betrokken werknemers⁶;
- de weigering van de registratie van een wijzigings-CAO die niet ondertekend werd door dezelfde partijen als de CAO die men wenst te wijzigen;
- de weigering van de registratie van een wijzigings- of verlengings-CAO die niet tot stand kwam op hetzelfde niveau als de CAO die men wenst te wijzigen/verlengen. Een CAO gesloten binnen een paritair comité kan bijvoorbeeld in principe niet geldig ondernemings-CAO's wijzigen of verlengen;
- ook van een CAO die een (aantal) niet-geïdentificeerde CAO(s) verlengt, wijzigt of beëindigt, wordt de registratie geweigerd.

B. OMVANG VAN HET PROBLEEM

Dat de veelheid van 'vormelijke' tekortkomingen die bij deze externe wettigheidscontrole aan het licht komen, een ernstig probleem vormt, toont het aantal CAO's aan dat leidt tot een voorlopige weigering.

Van de 5.000 à 5.400 ondernemings-CAO's die elk jaar worden neergelegd, leidt er sinds 2010 45% tot een voorlopige weigering. Slechts iets meer dan de helft kan dus onmiddellijk geregistreerd worden.

Het negeren van sommige van de voorschriften die vervat zitten in de artikelen 13, 14 en 16 van de CAO-wet, levert uiteraard het merendeel van de voorlopige

⁵ G. COX en K. LEUS, "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeen verbindend verklaring van CAO's" in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 157-159.

⁶ BS 18 juni 2002, 27.858; P. BRAEKMANS, "De externe en interne wettigheidscontrole op CAO's", *Or.* 2008, 228.

weigeringen op. Maar dit neemt niet weg dat ondanks de klare instructies op de website en de modellen/templates die voorhanden zijn (op de website van de FOD, maar ook bij werkgevers- en werknemersorganisaties, sociale secretariaten enz.), de nonchalance bij de redactie van zo belangrijke overeenkomsten leidt tot een drukke communicatie tussen het bestuur (*in casu* de griffie) en de partijen om in het kader van het behoorlijk bestuur de partijen te helpen om de 'fouten' te corrigeren. Dit brengt een aanzienlijke werklast mee, die onvermijdelijk leidt tot een veel te omvangrijk tijdverlies.

We stellen trouwens vast dat er geen reële verbetering optreedt in de kwaliteit van deze ondernemings-CAO's, aangezien het 'weigeringspercentage' gedurende de laatste 5 jaar steeds schommelde tussen 41 en 51%. Omdat bovendien in te veel gevallen partijen niet reageren op de opmerkingen die het bestuur meedeelt, bleven tot voor kort tal van dossiers 'onopgelost'. Sinds 2000 bleven op die wijze meer dan 4.000 CAO's in een onopgeloste toestand van 'voorlopige weigering', meestal omdat er niet (meer) gereageerd werd op de opmerking van het bestuur. Daarom is nu beslist om met ingang van 1 oktober 2014 de registratie definitief te weigeren van alle CAO's die langer dan 6 maanden zonder reactie in 'voorlopige weigering' zijn.

Voor de CAO's gesloten binnen een paritair orgaan is het probleem gelukkig minder groot. Dit neemt niet weg dat ook voor de meer dan 4.700 CAO's die op dat niveau gesloten werden in de loop van de laatste 5 jaar, er gemiddeld 2% moest worden geweigerd en dat ook op dat niveau de 'fouten' nog niet in alle gevallen rechtgezet werden.

C. WELKE AANSPRAKELIJKHEID VOOR HET BESTUUR?

Op welke wijze kan het bestuur aansprakelijk worden gesteld wanneer het zich door niet zorgvuldig te handelen, schuldig maakt aan een overtreding van de artikelen 1382-1383 BW?

Hoe kan de schade die door dat onzorgvuldig handelen veroorzaakt zou worden, verhaald worden op het bestuur? Men moet een onderscheid maken tussen twee situaties: ofwel beschikt de overheid over een 'gebonden bevoegdheid', ofwel beschikt zij over een zekere 'beoordelings- of beleidsvrijheid'. Wanneer ze over een gebonden bevoegdheid beschikt, betekent dit dat een bindende nationale of internationale norm met rechtstreekse werking haar oplegt iets op een bepaalde wijze te doen of iets niet te doen.⁷

⁷ Cass. 25 oktober 2004, RW 2006-07, 1485; K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 124.

In dat geval kan enkel een onoverkomelijke dwaling of een andere rechtvaardigingsgrond voorkomen dat de betrokken overheid aansprakelijk wordt gesteld voor de veroorzaakte schade. Een dergelijke gebonden bevoegdheid heeft de overheid wanneer ze bij de vraag tot registratie van een CAO toepassing moet maken van de regels uit de artikelen 13, 14 en 16 van de CAO-wet. Artikel 18 van de CAO-wet schrijft immers uitdrukkelijk voor dat de neerlegging (lees: registratie) wordt geweigerd wanneer de overeenkomst niet voldoet aan de bepalingen van de artikelen 13, 14 en 16.

Het negeren van die voorschriften door het bestuur zal dus ingeval daardoor schade geleden wordt, tot aansprakelijkheid aanleiding geven, tenzij er sprake is van onoverkomelijke dwaling of een andere rechtvaardigingsgrond. 'Onwettigheid' en 'fout' vallen hier dus samen; het bestaan van de fout is bewezen zodra aangetoond kan worden dat de onwettigheid het gevolg is van het miskennen van duidelijk voorgeschreven regels. De schade die door die fout wordt veroorzaakt, moet door de overheid worden vergoed, tenzij deze zich zou kunnen beroepen op een grond tot ontheffing van de aansprakelijkheid, zoals onoverwinnelijke dwaling, overmacht of een andere rechtvaardigingsgrond.⁸

Wat is echter de situatie indien het bestuur CAO's registreert met miskenning van de principes die hun oorsprong vinden in artikel 5 van de CAO-wet, zeg maar "alle voorschriften die verband houden met het feit dat een CAO een *overeenkomst* is"? Aangezien in dit kader de nationale (of internationale) norm geen uitdrukkelijke bepalingen bevat die het bestuur oplegt iets op een bepaalde wijze te doen of niet te doen, gelden hier andere regels. De overheid beschikt hier immers over een beoordelings- of beleidsvrijheid. Hier kan de overheid haar aansprakelijkheid slechts in het gedrang brengen door 'verkeerd' op te treden. Dit betekent dat haar optreden op deze domeinen waar zij een beoordelings- of beleidsvrijheid heeft, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf van een "normaal zorgvuldige en voorzichtige overheid in dezelfde omstandigheden". Er moet in elk geval afzonderlijk concreet worden onderzocht of de overheid onzorgvuldig handelde.⁹

Het spreekt voor zich dat de verplichting die voortvloeit uit de opdracht tot behoorlijk bestuur wat de controle betreft op de naleving van die voorschriften die niet expliciet uit de artikelen 13, 14, 16 en 18 volgen, op het moment van de registratie van een CAO, minder dwingend is dan de verplichting om de voorwaarden van de artikelen 13, 14 en 16 te controleren.

⁸ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 109.

⁹ A. MAST *et al.*, *Overzicht van Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 909 en aangehaalde rechtspraak.

IV. WAT HOUDT DE PLICHT TOT ZORGVULDIGHEID IN BIJ DE ALGEMEENVERBINDEND-VERKLARING VAN EEN CAO?

In tegenstelling tot de externe wettigheidscontrole houdt de interne wettigheidscontrole zich vooral bezig met de inhoud van een CAO. Die controle legt de nadruk op het nazicht op de conformiteit van een CAO met de rechtsnormen die hoger staan in de hiërarchie, zoals dwingende bepalingen van wetten of internationale normen.

Hoewel de CAO-wet zelf niet expliciet vermeldt dat deze wettigheidscontrole dient te gebeuren, wordt er wel in meerdere wetsartikelen verwezen naar deze mogelijke opdracht. De artikelen 9, 10, 29, 34 en 51 vormen zeker een degelijke basis. Bovendien werd reeds tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet en ook in de doctrine gewezen op de noodzaak van deze interne wettigheidscontrole voor zover het gaat om CAO's waarvoor de algemeenverbindendverklaring bij koninklijk besluit wordt gevraagd.¹⁰

De minister beschikt over twee mogelijke motieven om de algemeenverbindendverklaring *niet* voor te stellen aan de Koning wanneer deze gevraagd wordt voor een CAO die in een paritair orgaan gesloten is: opportunititsredenen en legaliteitsredenen.¹¹

Opportunititsredenen spelen in de praktijk geen rol.

Wat de 'wettigheidscontrole' van een CAO betreft, stellen we vast dat ook hier de opdracht van de overheid niet gebonden is. De wet schrijft niet expliciet voor wat de overheid moet doen of moet laten. Het overheidsoptreden zal bijgevolg beoordeeld worden aan de hand van het criterium van de "normaal zorgvuldige overheid" die in dezelfde omstandigheden zou worden geplaagd.¹²

Artikel 28 stelt dat de Koning de CAO die in een paritair orgaan gesloten werd, algemeen verbindend *kan* verklaren. Hij is daar dus niet toe verplicht. Dit volgt ook uit de lezing van artikel 29, dat aan de minister opdraagt de motieven aan het betrokken paritair orgaan mee te delen indien hij van oordeel is dat hij de algemeenverbindendverklaring niet aan de Koning kan voorstellen. Artikel 34,

¹⁰ J. PETIT, *De collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités*, Brussel, DAP Reinaert uitgaven, 1969, 200; A. MAZY, "Commentaar op de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités", *Arbbl.* 1970, 35; *Parl.St.* Senaat 1966-67, nr. 148, 35; *Parl.St.* Senaat 1966-67, nr. 148, 93; J.F. NEVEN en P. JOASSART, "Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail" in X, *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 68.

¹¹ H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, Diegem, Kluwer, 1995, 340.

¹² A. MAST *et al.*, *Overzicht van Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 909 en aangehaalde rechtspraak; G. COX en K. LEUS, "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeen verbindend verklaring van CAO's" in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 161 e.v.; J.F. NEVEN en P. JOASSART, "Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail" in X, *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 75.

derde lid geeft aan de Koning de mogelijkheid om van een reeds algemeen verbindend verklaard CAO, het koninklijk besluit op te heffen indien die CAO een bepaling bevat die ingevolge artikel 9 of artikel 10 van de CAO-wet nietig is (bv. strijdigheid met dwingende bepalingen van wetten, bindende internationale verdragen of CAO's van de Nationale Arbeidsraad).

Reeds tijdens de parlementaire voorbereiding van de CAO-wet werd meermaals benadrukt dat de overheid deze mogelijkheid om een wettigheidscontrole uit te voeren, moet benutten.¹³ Van bij de aanvang hebben de commentatoren van de wet overigens ook steeds bevestigd dat de CAO waarvoor de algemeenverbindendverklaring gevraagd wordt, geen onwettige bepalingen mag bevatten.¹⁴ In de commentaren van latere auteurs wordt deze overheidsopdracht systematisch bevestigd.¹⁵

Ook het Hof van Justitie duidt op de aansprakelijkheid van de lidstaat die collectieve arbeidsovereenkomsten algemeen bindend verklaart die strijdig zijn met dwingend Gemeenschapsrecht.¹⁶ De Raad van State (afdeling administratie) heeft in arresten van 14 juni 1995 de opdracht voor de overheidsadministratie duidelijk bevestigd om de wettigheid van de CAO's na te gaan in geval van algemeenverbindendverklaring: "... il incombe à l'Etat Belge de justifier la légalité de l'extension de force obligatoire donnée à la convention collective de travail en application des articles 28 et suivants de la loi du 5 décembre 1968".¹⁷

Aangezien het koninklijk besluit waarmee een CAO algemeen verbindend wordt verklaard, geen reglementair besluit is in de zin van artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is het niet verplicht dat de administratie dit vooraf voorlegt voor advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State.¹⁸

Toch is het mogelijk gemaakt om dit advies te vragen via de toevoeging door artikel 63 van de CAO-wet van een artikel 62 in de wet van 23 december 1946 houdende instelling op de Raad van State; in de huidige versie van de gecoördineerde wetten van de Raad van State is dit artikel 5. Via deze facultatieve consultatie van de Raad van State kan de minister het advies van de afdeling wetgeving

¹³ P. BRAEKMANS, "De externe en interne wettigheidscontrole op CAO's", *Or.* 2008, 240.

¹⁴ A. MAZY, "Commentaar op de Wet van 5 december 1968 betreffende de CAO's en de P.C.'s", *Arbbl.* 1970, 624; J. PETIT, *De collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités*, Brussel, DAP Reynaert Uitgaven, 1969, 500.

¹⁵ H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, Diegem, Kluwer, 1995, 340; P. POPELIER, "Algemeenverbindendverklaring van de CAO's" in *CAO-recht*, Mechelen, Ced.Samsom, losbl., 142, 170 en 176; V. PERTRY en P. SICHEN, "Binding en afdwingbaarheid van de normatieve bepaling" in G. COX *et al.* (eds.), *Collectief onderhandelen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 179; P. BRAEKMANS, "De externe en interne wettigheidscontrole op CAO's", *Or.* 2008, 222; J.F. NEVEN en P. JOASSART, "Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail" in X, *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 68.

¹⁶ HvJ 24 september 1998, C-35/97, *Commissie/Franse republiek*, r.o. 24 en 33.

¹⁷ RvS 14 juni 1995, nr. 53.713.

¹⁸ J.F. NEVEN en P. JOASSART, "Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail" in X, *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 69 en 75.

van de Raad vragen over het koninklijk besluit tot algemeenverbindendverklaring en de erbij horende CAO binnen een termijn van minimum 15 dagen.

Dat niet elk koninklijk besluit tot algemeenverbindendverklaring voor advies moet worden voorgelegd, heeft natuurlijk te maken met het feit dat het niet om reglementaire besluiten gaat. Bovendien was de wetgever van oordeel dat deze mogelijkheid moest worden voorbehouden voor de besluiten betreffende CAO's die delicate of ingewikkelde rechtsproblemen doen rijzen. De wetgever was overigens ook beducht voor een nodeloze overbelasting van de Raad van State, aangezien de meeste CAO's toch geen specifieke problemen zouden stellen.¹⁹ In de praktijk is het niet gebruikelijk om van deze mogelijkheid gebruik te maken, mede doordat de sociale partners deze piste weinig opportuun vinden.²⁰

A. HOE VER REIKT DE ZORGVULDIGHEIDSNORM BIJ DE INTERNE WETTIGHEIDSCONTROLE?

Eerder werd reeds opgemerkt dat er geen expliciete norm is die het bestuur bij het onderzoek van de algemeenverbindendverklaring een bepaalde handelwijze oplegt of verplicht iets niet te doen. Dit betekent dat het bestuur aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die zou ontstaan door een foutief gedrag van het bestuur; die fout zal moeten worden beoordeeld aan de hand van het criterium van de normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid die in dezelfde omstandigheden zou worden geplaatst.

Welke criteria zouden de houding van een "normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid die in dezelfde omstandigheden wordt geplaatst" beïnvloeden?

Natuurlijk zijn er, zoals hoger reeds aangegeven, de wil van de wetgever zoals die tot uiting kwam tijdens de parlementaire voorbereiding evenals de doctrine en de rechtspraak. Maar er is meer. Zou het te rechtvaardigen zijn dat de op één na hoogste rechtsnorm die het grootste deel van de arbeidsvoorwaarden in de privé-sector bepaalt, die door de arbeidsinspectie, het Openbaar Ministerie, de directie van de administratieve geldboeten en de arbeidsgerechten moet worden toegepast en waarvan de overtreding tot strafsancities kan leiden, niet nagezien wordt op het gebied van zijn conformiteit met hogere normen?

Zou het verantwoord zijn dat het bestuur die CAO's niet screent op hun interne wettigheid wanneer men weet dat naast de wettelijke ook de conventionele bepalingen die strafrechtelijk beteugeld kunnen worden, basisnormen uitmaken

¹⁹ *Parl.St.* Senaat 1966-67, nr. 148, 65; A. Mazzy, "Commentaar op de Wet van 5 december 1968 betreffende de CAO's en de P.C.'s", *Arbbl.* 1970, 624.

²⁰ Er werd hiervan slechts eenmaal gebruikgemaakt, nl. in 1980, toen CAO nr. 38 van de Nationale Arbeidsraad algemeen verbindend moest worden verklaard en er vragen waren gerezen of deze CAO inzake werving en selectie ook rechten en plichten kon creëren voor 'toekomstige' werkgevers en werknemers. Toen een oplossing werd gezocht om uit de impasse te raken inzake de strijdigheid van leeftijdsgebonden loonbarema's met de Antidiscriminatiewet, hebben de sociale partners de consultatie van de Raad van State eveneens afgewezen.

die men aan buitenlandse werkgevers van in België gedetacheerde werknemers kan opleggen?²¹

Al deze redenen volstaan reeds ruimschoots om aan te tonen dat een “normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid” het zich niet kan veroorloven *geen* wettigheidscontrole uit te oefenen op deze CAO's, met als groot risico dat de geloofwaardigheid van deze rechtsnorm ernstig onderuitgehaald kan (en zal) worden en dat elke fundering voor zijn aanwezigheid in de normenlijst die gehanteerd wordt in het kader van de detachering, snel met de grond gelijk gemaakt wordt.

Een belangrijke bijkomende motivering voor de wettigheidscontrole vindt haar basis in de formalisering van de algemeenverbindendverklaring en in de publicatie ervan. Men hoeft geen fanatiek royalist te zijn om te beseffen dat het voor het bestuur aangewezen is dat het de teksten die het voor algemeenverbindendverklaring via een door het staatshoofd te ondertekenen ‘koninklijk besluit’ naziet op hun wettigheid.

Het getuigt ten slotte en vooral van elementair respect vanwege het bestuur tegenover alle burgers, werknemers en werkgevers, dat de teksten die in het *Belgisch Staatsblad* en op de website van de FOD verschijnen, betrouwbare ‘wettige’ teksten zijn.

Dat een normaal voorzichtige en zorgvuldige overheid een wettigheidscontrole moet uitvoeren, ligt dus voor de hand. Maar aangezien het geen ‘gebonden bevoegdheid’ betreft, beschikt het bestuur over een zekere beoordelings- of beleidsvrijheid. Hoe kan ze die best invullen?

De appreciatieruimte die aan het bestuur wordt geboden, werd sinds 2005 als volgt ingevuld.²²

Hierboven werd reeds verduidelijkt dat enkel de CAO's van een paritair orgaan waarvoor de algemeenverbindendverklaring gevraagd wordt, aan een interne wettigheidscontrole worden onderworpen. Dit betreft quasi alle CAO's van paritaire (sub)comités en van de Nationale Arbeidsraad, aangezien voor 97% ervan de algemeenverbindendverklaring wordt gevraagd.

Bovendien wordt de controle beperkt tot die bepalingen uit de CAO die voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen, d.w.z. de individueel of collectief normatieve bepalingen.²³

Rekening houdend met het grote aantal CAO's dat aan een interne wettigheidstoets onderworpen moet worden en met het onoverzienbare aantal ‘hogere’

²¹ Cf. Richtlijn 96/71/EG en art. 5, § 1 wet 5 maart 2002 tot omzetting van deze richtlijn.

²² Vóór 2005 gebeurde deze interne wettigheidscontrole niet systematisch. De algemene directie van de collectieve arbeidsbetrekkingen heeft vanaf 2005 het initiatief genomen om deze controle uit te voeren op alle CAO's waarvoor de algemeenverbindendverklaring werd gevraagd.

²³ *Parl.St.* Senaat 1966-67, nr. 148, 16 en 86; V. PERTRY en P. SICHEN, “Binding en afdwingbaarheid van de normatieve bepaling” in G. COX *et al.* (eds.), *Collectief onderhandelen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 180. Geregeld wordt ook de algemeenverbindendverklaring gevraagd voor CAO's die enkel obligatoire bepalingen bevatten. Aangezien dit zinloos is en om de belasting van de verwerkingsketen nietodeloos te verzwaren, werd recent beslist in die gevallen voortaan de algemeenverbindendverklaring zonder meer te weigeren.

normen in absolute zin, werd ervoor geopteerd dat de toetsing die door het bestuur gebeurt, een middelenengagement uitmaakt om ‘kennelijk onwettige bepalingen’ tegen te houden. Deze toetsing gebeurt uiteraard vooral aan de hand van de ‘hogere normen’ die nauw samenhangen met de regeling van de arbeidsrelaties, zoals hogere (NAR-)CAO’s, dwingende arbeidswetgeving en reglementering, non-discriminatiwetgeving enz. Dit toezicht kan zich onmogelijk tot het resultaat verbinden om de CAO’s te toetsen aan alle bestaande nationale, federale, gewestelijke of gemeenschapsnormen en alle internationaal bindende normen. Overigens blijven nog steeds de arbeidsgerechten de ultieme ‘doelwachters’ voor de naleving van de artikelen 9, 10 en 11 van de CAO-wet. En het bestuur heeft niet als taak zelf rechter te spelen.

Praktisch verloopt de administratieve procedure van de interne wettigheidscontrole grotendeels informeel. Wanneer het bestuur bij de voorbereiding van het dossier voor de minister die een koninklijk besluit tot algemeenverbindendverklaring moet voorleggen aan de Koning, vaststelt dat een CAO onwettige bepalingen bevat, zal de directeur-generaal van de algemene directie via een zgn. ‘voorlopige weigering’ van de algemeenverbindendverklaring, de auteurs van de CAO inlichten over de vastgestelde onwettigheden en tevens over de mogelijkheden om eraan te remediëren. De auteurs krijgen dan enkele maanden de tijd om te reageren; die termijn kan worden verlengd. De reactie van de partners kan meerdere vormen aannemen; zij kunnen gevolg geven aan de suggestie om de tekst aan te passen, zij kunnen de vraag tot algemeenverbindendverklaring intrekken (waardoor het toezicht door het bestuur vermeden wordt), zij kunnen in een aantal gevallen ook rechtvaardigen waarom ze de mening van de administratie over de onwettigheid niet delen.

Indien een afdoende reactie uitblijft, zal het bestuur de minister adviseren om definitief formeel te weigeren om het koninklijk besluit aan de Koning voor te leggen. Uiteraard vormt dit een administratieve rechtshandeling en schrijft ook artikel 29 CAO-wet uitdrukkelijk voor dat de minister de redenen van die weigering ter kennis brengt van het betrokken paritair orgaan. Deze weigering kan als administratieve rechtshandeling uiteraard ook aangevochten worden voor de Raad van State (afdeling administratie).

Dit informele ‘overleg’ tussen het bestuur en de auteurs-sociale partners laat toe samen te zoeken naar de meest adequate oplossing voor de vastgestelde onwettigheden. Deze procedure werd ook zo gewenst door de wetgever.²⁴ Slechts uiterst zelden is deze procedure uitgemond in een formele definitieve weigering. Dit bewijst dat ze zinvol is.²⁵

Indien de sociale partners ervoor opteren om de formele weigering van de algemeenverbindendverklaring te vermijden door de vraag tot algemeenverbindendverklaring in te trekken, ontstaat er natuurlijk een andere situatie. Het

²⁴ P. BRAEKMANS, “De externe en interne wettigheidscontrole op CAO’s”, *Or.* 2008, 245.

²⁵ *Infra.*

bestuur is dan niet meer bij machte om de CAO te 'weigeren' via de weigering van een koninklijk besluit. Dit betekent dat men dan een niet algemeen verbindend verklaarde CAO heeft van een paritair orgaan. Ook een dergelijke CAO staat natuurlijk vrij hoog op de hiërarchische ladder van de bronnen der verbintenissen in arbeidsbetrekkingen (art. 51 CAO-wet). De vermeende onwettigheid is evenwel niet weggewerkt, hetgeen betekent dat de rechter die desgevallend gevraagd wordt om toepassing te maken van die CAO, de onwettigheid kan vaststellen (cf. art. 9 en 10 CAO-wet).

De vraag kan gesteld worden of het bestuur bij de publicatie op de eigen website van de FOD van een CAO waarvan de algemeenverbindendverklaring geweigerd werd wegens onwettige bepalingen, verplicht is om dit gegeven toe te voegen aan de publicatie. Momenteel wordt wel reeds vermeld of de algemeenverbindendverklaring gevraagd werd en desgevallend ook de publicatiedatum van het betreffende koninklijk besluit in het *Belgisch Staatsblad*. Een CAO waarvan het verzoek tot algemeenverbindendverklaring wordt ingetrokken wegens een vastgestelde, niet-gecorrigeerde onwettigheid, krijgt nu enkel de vermelding dat de algemeenverbindendverklaring niet (meer) gevraagd wordt.

B. VASTGESTELDE ONWETTIGHEDEN

De meest voorkomende praktijkgevallen van 'onwettigheden' die tijdens de interne wettigheidscontrole leiden tot voorlopige of definitieve weigering, houden gewoonlijk verband met nieuwe 'hogere normen' of nieuwe interpretaties van die hogere normen door de rechtspraak. Wat de omvang van het aantal onwettigheden betreft die worden vastgesteld tijdens de interne wettigheidscontrole, kan men sinds het aanvangsjaar van deze systematische controle tot 2014 een zekere evolutie vaststellen. Aangezien in 2006 werd gestart met dit systematische toezicht, is het niet verwonderlijk dat toen meer CAO's negatief werden beoordeeld; veel CAO's worden immers nauwelijks gewijzigd en van jaar op jaar herhaald. In 2006 en 2007 werden respectievelijk 6,2% en 8,7% van alle CAO's waarvoor de algemeenverbindendverklaring werd gevraagd, voorlopig geweigerd omwille van een vastgestelde onwettigheid. Dit aandeel zakt relatief snel tot ongeveer 2,5 à 3,5% in de jaren 2011-2013. In 2014 stijgt het weer tot 5%, hetgeen ongetwijfeld voor een groot deel toe te schrijven is aan een door de minister strenger gewenst toezicht op de naleving van de bindende loonnorm. Zoals reeds aangegeven, reageren sommige paritaire comités door een degelijke rechtvaardiging van de wettigheid van hun tekst; andere beslissen de tekst te corrigeren; een derde categorie beslist de vraag tot algemeenverbindendverklaring weer in te trekken. Deze laatste categorie maakte aanvankelijk in 2006 3,7% uit van alle CAO's waarvoor de algemeenverbindendverklaring werd gevraagd, of 60% van de CAO's waarvoor een voorlopige weigering werd opgestuurd. Dit cijfer zakte geleidelijk tot 1% van alle CAO's waarvoor de algemeenverbindendverklaring gevraagd werd in 2014,

hetzij 20% van de voorlopige weigeringen. De categorie van CAO's die gecorrigeerd werd blijft in de periode tussen 2006 en 2014 schommelen tussen 30% en 50% van de CAO's die een voorlopige weigering kregen.

Ten slotte is er de kleine restcategorie van CAO's waarvoor een definitieve weigering van de algemeenverbindendverklaring door de minister aan het paritair orgaan wordt meegedeeld. Hier zijn de absolute cijfers zeer laag: van 2012 tot 2014 werden slechts vier CAO's definitief geweigerd.

De inhoudelijke bezwaren die in deze gevallen van voorlopige of definitieve weigering speelden, zijn van diverse aard. Daar waar in 2006 de 'onwettigheden' nog heel veel diverse vormen aannamen, zijn in de erop volgende jaren de wettigheidsbezwaren in de interne controle meer gebonden aan nieuwe bindende nationale of internationale 'wetten', zoals de bindende loonnorm, de anti-discriminatiewetgeving, met onder meer het verbod op leeftijdsdiscriminatie, de strijdigheid met dwingende voorschriften van NAR-CAO's inzake bijvoorbeeld tijdscrediet, de Europese rechtspraak inzake economische vrijheden enz. Welke de basis ook is, men stelt vast dat nieuwe bindende nationale of internationale normen kunnen leiden tot een verhoging van het aantal voorlopige weigeringen, maar dat meestal het 'leerproces' toelaat dat de paritaire comités zich achteraf meer gaan conformeren.

Uiteraard betekent het zich juridisch conformeren in de redactie van loon-CAO's aan de bindende voorschriften van de loonnorm die door de regering wordt vastgelegd, nog niet dat er hierover ook een inhoudelijke consensus bestaat.

V. CONCLUSIE

Het is een vals probleem te denken dat er een tegenspraak is tussen de 'autonomie van sociale partners' en de 'zorg voor wettigheid vanwege de FOD' bij het tot stand komen van CAO's.

De sociale partners hebben er belang bij dat hun CAO's wettig zijn opdat de erin vervatte verplichtingen ook hard kunnen worden gemaakt. Zowel voor de rechter als bij het optreden van de sociale inspectiediensten, het opleggen van administratieve geldboeten of het bestrijden van sociale dumping of oneerlijke concurrentie bij detachering is een onwettige CAO waardeloos. De voornaamste slachtoffers daarvan zijn de werknemers en de bonafide ondernemingen.

Voor de administratie geldt dat het registreren, of meer nog, het algemeen verbindend laten verklaren van onwettige (externe of interne wettigheid) CAO's in geval van schade door foutief handelen tot aansprakelijkheid en schadevergoeding kan leiden. In een periode van krimpende overheidsmiddelen is dit een te vermijden verspilling. Het is natuurlijk niet zozeer het vermijden van de juridische aansprakelijkheid die de zorgvuldigheid in hoofdte van het bestuur moet stimuleren. De algemene zorg voor rechtszekerheid voor de burgers en

betrouwbare communicatie (de CAO's worden immers als bindende normen gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*) moet het werkelijke opzet zijn.

Meer nog dan deze naast elkaar staande belangen om ervoor te zorgen dat CAO's wettig zijn, is er de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de overheid en de sociale partners om de plaats en de legitimiteit van de CAO als instrument in ons normenarsenaal samen te bewaken en te koesteren.

CAO's zijn een onmisbare fundamentele aanvulling van de normen die de overheid vastlegt, respectievelijk de individuele contractpartijen overeenkomen. Onmisbaar en fundamenteel, want daar slaagt men erin om maatwerk te leveren dat beantwoordt aan (sub)sectorale of ondernemingsnoden, veel meer dan de overheid dit zou kunnen. Onmisbaar en fundamenteel evenzeer omdat enkel met CAO's men erin kan slagen om de ondergeschikte positie (economisch en juridisch) van de werknemers deels te corrigeren, dankzij de collectieve belangenbehartiging door de representatieve werknemersorganisaties.

Uiteraard doen bindende collectieve arbeidsovereenkomsten afbreuk aan de economische vrijheid van partijen; dat is juist de bedoeling. En uiteraard klinkt dit als een vloek in de kerk van de liberale hogepriesters. Maar deze inperking van de absolute vrijheid is juridisch geoorloofd en, meer nog, maatschappelijk wenselijk.²⁶

Daarom moeten de sociale partners samen met het bestuur schouder aan schouder samenwerken om elke poging vanuit juridische of politieke hoek om de legitimiteit van CAO's te ondermijnen, te pareren. En die aanvallen worden frequenter naarmate de liberale tijdsgeest erin slaagt de waan te versterken dat ongebreidelde economische vrijheid de beste garantie is voor economische en sociale vooruitgang. Het tegendeel is waar.

Het zijn niet de *'usual suspects'* die recent nog aantoonde (en aan de kaak stellen) dat een dalende syndicalisatiegraad evenredig leidt tot een stijgende inkomensongelijkheid. Die stijgende ongelijkheid en, meer nog, de mate waarin de inkomensongelijkheid stijgt in die landen waar de syndicalisatiegraad daalt, is meer dan zorgwekkend; naarmate de syndicalisatiegraad daalt, stijgt immers het inkomensaandeel van de 10% rijksten. Het gaat hier dus niet meer om de beperkte ongelijkheid die gewoonlijk beschouwd wordt als een gezonde prikkel om te werken en/of om te ondernemen. Neen, de mate waarin de ongelijkheid door de dalende syndicalisatiegraad toeneemt, leidt volgens recent onderzoek tot een lagere duurzame groei, zelfs in economisch hoog ontwikkelde landen. In een studie van het IMF wordt zelfs gewaarschuwd voor een daling van de welvaart van de bevolking indien de concentratie van inkomen bij de toplaag deze toelaat het economische en politieke systeem in haar voordeel te manipuleren.²⁷

²⁶ HvJ 21 september 1999, C-67/96, *Albany*, r.o. 60; HvJ 21 maart 2011, C-437/09, *AG2R Prévoyance*, r.o. 29; HvJ 11 december 2007, C-438/05, *Viking Luic*, r.o. 33 e.v.; HvJ 15 juli 2010, C-271/08, *Commissie/Duitsland*, r.o. 42-44.

²⁷ F. JAUMOTTE en C. OSORIO BUITRON, *Power from the people in Finance & Development*, IMF, maart 2015, 29; E. SAEZ, *Striking it Richer: The evolution of Top Incomes in the U.S.*, UC

Sterke vakbonden en sterke werkgeversorganisaties vormen de beste garantie op een degelijk gecoördineerd overleg. En een sterk gecoördineerd overleg is de noodzakelijke aanvulling/correctie op een zelfs goed werkende politieke democratie. Want gecoördineerd overleg leidt tot de beste prestaties inzake een hele reeks maatschappelijke doelstellingen. De Wereldbank kwam tot die conclusie na onderzoek van meer dan 1.000 studies uit de hele wereld.²⁸

Enkele conclusies:

- de gemiddelde lonen zijn er hoger;
- de werknemers krijgen meer vorming en opleiding;
- de loonspanning tussen hoog- en laaggeschoolden is kleiner;
- er is doorgaans lagere en minder langdurige werkloosheid;
- er zijn minder stakingen, hogere productiviteit, betere economische prestaties;
- die landen passen zich doorgaans sneller aan bij externe schokken.

Indien hiermee de argumenten voor een sterk gecoördineerd sociaal overleg tussen sterke en representatieve sociale partners voor de hand liggen, is het slechts een kleine stap om eraan toe te voegen dat de afspraken die in dat sociaal overleg gemaakt worden, ook gerespecteerd moeten worden, door beide partijen, door degene op wie de afspraken van toepassing zijn, en door de overheid. Het is daarom noodzakelijk dat die akkoorden niet enkel legitiem, maar ook legaal zijn. Want zodra er twijfel is over de legaliteit van de akkoorden, kunnen de afdwingbaarheid en de naleving ervan op de helling worden gezet.

En de autonomie van de sociale partners wordt dan helemaal uitgehold. Want betekent autonomie niet 'zelfbestuur, zelfstandigheid'? Echt zelfbestuur, echte zelfstandigheid kan men natuurlijk maar bereiken indien iedereen de regels die het maatschappelijk verkeer binnen dat zelfbestuur organiseren, (verplicht) naleeft.

En hoe wenst men dat te bereiken, anders dan door de CAO's juridisch zo stevig mogelijk te maken?

De vraag die in de titel van dit artikel verscholen zit, kan dus wellicht best als volgt beantwoord worden: het vinden van een evenwicht tussen de autonomie van de partijen en de wettigheid van de CAO's is soms moeilijk, maar het is noodzakelijk in het belang van de verzekering van de waarde van een CAO.

Daarom is de poging om de controle op de wettigheid af te zwakken contra-productief. Alle aandacht moet daarentegen gaan naar samenwerking tussen het bestuur en de sociale partners om het sluiten van wettige CAO's te faciliteren. Wettige CAO's versterken immers de autonomie van de sociale partners.

Berkeley, 25 januari 2015.

²⁸ T. AIDT en Z. TZANNATOS, *Unions and Collective Bargaining*, Washington DC, The World Bank, 2002.

ONTSLAG: MACHT OF RECHT? (VOOR EN NA DE WES)

Daniël CUYPERS

Gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen

I. INLEIDING: EEN JARENLANGE DIALOOG

Doorheen onze gezamenlijke jaren aan de Universiteit Antwerpen hebben Marc RIGAUX en ik herhaaldelijk in de wandelgangen diverse discussiepunten uit het Belgische arbeidsrecht aangeraakt. Hij respecteerte steeds de academische vrijheid, maar kon ook subtiel laten merken dat hij niet volledig bepaalde stellingen onderschreef. Het is algemeen bekend dat hij steeds consequent en coherent de rechtspositie van de werknemer heeft willen versterken. Sommige recente publicaties dragen deze zorg als centrale onderzoeksvraag expliciet uit.¹ Daarmee sloot hij aan bij de traditionele onderzoekslijn van het arbeidsrecht. De noodzaak om de rechtspositie van de werknemer te versterken is altijd een grondbeginsel geweest in het Belgische arbeidsrecht², zij het dat dit thans onder druk lijkt te komen.³

Marc RIGAUX legde zich graag toe op het collectieve arbeidsrecht, want men moet toegeven dat het individuele arbeidsrecht, waarin de overeenkomst als juridisch kader fungeert voor de arbeidsverhouding, de sociale realiteit niet altijd recht doet.⁴ Dat verklaart allicht waarom hij steeds zoveel nadruk heeft gelegd op

¹ M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 9, Werknemerschap: een precair statuut in wording?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 398 p.

² R. BLANPAIN, "Vastheid van betrekking in de EG", *TSR* 1973, 31 e.v.; U. DUPREZ, "Vastheid van betrekking", *RW* 1970-71, 1691 e.v.; H. GOETHALS, "Vastheid van betrekking" in *50 jaar arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1989, 271-320; K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 319-323; W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 90.

³ S. ANDERMAN, "Termination of Employment: Whose Property Rights" in C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS, (eds.) *The future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart, 2004, 101-128.

⁴ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 264 p.; P. HUMBLET, "De Arbeidsovereenkomstenwet: de prequels" in D. DEBAENST (ed.), *Van status tot contract. De arbeidsovereenkomst in België vanuit rechtshistorisch perspectief*, Brugge, die Keure, 2013, 101-120; A.F. DAVID, "Remarques sur la conception institutionnelle de la relation de travail subordonné", *JTT* 1976, 309; F. DORSSEMONT, "De onderneming: arbeidsgemeenschap of rechtsorde?", *TPR* 2003, 1366; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de*

de fundamentele collectieve grondrechten van de werknemers als noodzakelijk tegengewicht tegen het werkgeversgezag. Dat belet echter niet dat hij ook herhaaldelijk het individuele arbeidsrecht heeft willen versterken door toepassing van contractuele beginselen ten voordele van de werknemer. Hij kon zich terecht ergeren aan de vaak weinig consequente houding van wetgever en rechtspraak bij de toepassing van contractuele basisbeginselen die de werknemer konden beschermen.

Kort voordat ik mijn proefschrift kon afwerken in 1989⁵, verscheen er een artikel van Marc RIGAUX en Patrick HUMBLET in het *Rechtskundig Weekblad*, “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”.⁶ Daarin raakt Marc RIGAUX één van de meest delicate punten in het Belgische arbeidsrecht aan: de weinig consequente houding van zowel wetgever als rechtspraak betreffende het rechtsherstel bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het spreekt vanzelf dat Marc RIGAUX als scherpzinnige observator van de gebreken van het Belgische ontslagrecht meer dan andere auteurs de gevoelige plekken kon situeren en daar ook een substantieel alternatief kon voorleggen.

Deze bijdrage was bijzonder nuttig in de eindfase van mijn proefschrift. Enerzijds werden in dit artikel talrijke kritieken opgesomd die ik kon verwerken ter ondersteuning van mijn stellingen. Anderzijds noopte deze bijdrage mij tot een fundamentele keuze. Bij mijn proefschrift was ik immers uitgegaan van de geldende cassatierechtspraak om zodoende meer ruimte te creëren voor de feitenrechter in de toepassingen van de rechtsfiguren willekeurig ontslag (arbeiders) en misbruik van ontslagrecht (algemeen rechtsbeginsel). Het voorstel van RIGAUX en HUMBLET hield echter een fundamenteel andere optie in – afscheid van het beginsel van het forfaitair karakter van de opzegvergoeding – en nam daarmee behoorlijk afstand van de meerderheidsrechtspraak.

Geconfronteerd met de keuze inzake stellingen, ben ik in mijn proefschrift uiteindelijk gebleven binnen het bestaande referentiekader van de rechtspraak inzake misbruik van ontslagrecht. En dat is inderdaad een omweg, want zowel het algemene rechtsbeginsel dat misbruik van ontslagrecht verbiedt, als artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet inzake het willekeurig ontslag werden vanaf de aanvang ingekapseld in het zeer restrictieve kader van de ‘kennelijke onredelijkheid’.

ondernemer, Brugge, die Keure, 2011, 545; K. NEVENS, “De rol van de arbeidsovereenkomst toen, nu en dan” in D. DEBAENST (ed.), *Van status tot contract. De arbeidsovereenkomst in België vanuit rechtshistorisch perspectief*, Brugge, die Keure, 2013, 7-41.

⁵ D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brugge, die Keure, 1990, 419 p.

⁶ M. RIGAUX en P. HUMBLET, “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”, *RW* 1988-89, 734.

Dat restrictieve kader heeft steeds gekneld.⁷ Het voorstel van RIGAUX en HUMBLET was theoretisch consistent, maar zoals de realiteit aantoonde (?), kon het evenmin optornen tegen de gevestigde rechtspraak. Hoewel de rechtspraak, vooral in Vlaanderen en zeker in ons eigen Antwerpen, eerder restrictief was, konden geleidelijk meerdere toepassingen worden opgetekend in de rechtspraak. Na een behoorlijke discussie inzake enkele cassatiearresten⁸ leek een nieuwe lente aan te breken voor een verruimde redelijkheidstoetsing.⁹

II. OPZET VAN DEZE BIJDRAGE

Marc RIGAUX heeft mij herhaaldelijk gevraagd om over het thema van mijn proefschrift te blijven schrijven, meestal in het kader van de *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht*, wat ik altijd graag gedaan heb. Ook in het discriminatierecht ontwaarde hij mogelijkheden tot versterking van de werknemersbescherming. In functie van deze topics hebben wij dan ook meermaals over het onderwerp gediscussieerd. Daarom is dit artikel een reflectie op mijn eerdere publicaties vanuit het kritische perspectief van Marc als editor.

In tegenstelling tot genuanceerde en technische uiteenzettingen, biedt een *liber amicorum* wel de gelegenheid tot korte en snijdende beschouwingen waarin meer de nadruk ligt op de achtergrond van het debat achter de publicaties en over de achtergrond van deze publicaties; en die bijdrage hoeft niet eens lang en genuanceerd te zijn.

Valt er anno 2015 nog veel toe te voegen aan de reeks discussies en publicaties? Toch wel.

We bevinden ons inderdaad op een keerpunt. Er kan weinig twijfel over bestaan dat de recente wet betreffende het wegwerken van de discriminatie tussen arbeiders en bedienden een mijlpaal vormt in de rechtsontwikkeling.¹⁰ Een

⁷ Cf. D. CUYPERS, "Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht-revisited" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 5, Gent, Mys & Breesch, 1997, 81-115.

⁸ D. CUYPERS, "Actualia willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht" in M. RIGAUX en W. RAUWS (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 229-294.

⁹ D. RYCKX, "Enkele bemerkingen bij de cassatiearresten van 27 september en 22 november 2010 met betrekking tot willekeurig ontslag van werklieden: anders... maar beter", *Soc.Kron.* 2011, 1-4; M. ROUSSEAU, "Deux arrêts de la Cour de cassation très attendus en matière de licenciement abusif de l'ouvrier", *Soc.Kron.* 2011, 4-6; C. WANTIEZ, "Licenciement abusif des ouvriers – Du comportement non fautif au motif manifestement déraisonnable – À propos des arrêts des 22 novembre et 27 septembre 2010", *JTT* 2011, 8-9; M. JOURDAN, "Motif grave et licenciement abusif" in M. WESTRADE en S. GILSON, *Le congé pour motif grave*, Limal, Anthemis, 2011, 430; W. VANDEPUTTE, "Willekeurig ontslag, het gedrag van de werkman en het verbod van kennelijk onredelijk ontslag", *RW* 2010-11, 1734-1738.

¹⁰ Wet betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, *BS* 28 december 2013.

exhaustieve analyse volgt later nog. Hierbij wel een *laudatio* waarom de belangstelling van Marc RIGAUX voor de discussie over de ontslagmacht inderdaad meer dan ooit cruciaal blijft voor het Belgische arbeidsrecht en zelfs aan een herontdekking toe is.

Het is anno 2015 evenwel tijd om deze oude discussievraag te herformuleren in het licht van de nieuwe ontwikkelingen. Marc RIGAUX had het moeilijk met de stellingen van SALOMEZ¹¹ en CUYPERS. Ik heb inderdaad geen moeite om toe te geven dat deze stellingen inderdaad een feitelijke capitulatie inhouden tegenover de gevestigde rechtspraak. RIGAUX en HUMBLET¹² maar ook Jean JACQMAIN¹³ hebben er steeds terecht op gewezen dat men niet te snel de principiële re-integratieplicht mag loslaten als algemeen beginsel, net zoals in sommige buurlanden waar men deze plicht wel principieel behoudt. Het loslaten van het beginsel heeft zijn prijs en het is goed om dit voor ogen te blijven houden. Deze bijdrage is dan ook de uitgelezen gelegenheid om de aandacht te vestigen op de prijs die men betaalt voor het te snel aanvaarden van de ontslagmacht.

Daartoe raket ik eerst de aloude discussievraag weer op in punt III. Ik doe nog een poging om te bespreken waarom de discussie inderdaad vastgelopen is onder punt IV. Vervolgens onderzoek ik recente ontwikkelingen van de laatste jaren met de WES (VI) en CAO nr. 109 (VII). Ik eindig met enkele kritische beschouwingen vanuit recente vraagstukken die aangestuurd worden vanuit het Europese arbeidsrecht (VIII). Er volgt geen besluit, alleen een open vraag.

III. ONTSLAGRECHT OF ONTSLAGMACHT: TRADITIONEEL EEN VRAAGSTELLING IN HET LICHT VAN HET FORFAITAIRE KARAKTER VAN DE OPZEGVERGOEDING

De meerderheidsopvatting in de oudere rechtsleer luidt dat de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst op elk ogenblik eenzijdig te beëindigen met een opzeg-

¹¹ K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 457 p.; K. SALOMEZ, "De macht en het recht tot ontslag" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 199-214; K. SALOMEZ, "Ontslagmacht: een absoluut recht?", *Soc.Kron.* 1999, 211-215.

¹² M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 115 e.v.

¹³ Cf. o.a. J. JACQMAIN, "Encore sur le licenciement des employées âgées", *Soc.Kron.* 2005, 345 en ook kritisch in het volle publiek bij de presentatie van mijn referaat: D. CUYPERS, "Inhoudelijke aspecten van behoorlijk ontslag" in X, *Passende arbeid & behoorlijk ontslag – Emploi convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, 145-171.

vergoeding, een macht is en geen recht.¹⁴ De normale wijze van beëindiging van de overeenkomst voor onbepaalde tijd bestaat immers uit het respecteren van de opzegtermijn. De verplichting om een opzegvergoeding te betalen is geen autonome contractuele verbintenis, maar treedt in de plaats zelf van de niet-nagekomen verplichting tot het respecteren van een opzegtermijn.¹⁵

Een ander deel van de rechtspraak en rechtsleer stelt dat de wetgever de beëindigingsmacht als een wettelijke optie organiseert.¹⁶ Precies omdat de wetgever impliciet net zoals het Hof van Cassatie en de daarop aansluitende rechtspraak deze optie als keuze tussen vaststaande alternatieven beschouwen, lijkt dit nog altijd een correct standpunt. Maar dit standpunt is eerder een observatie dan een stelling. Het lijkt mij inderdaad eerder een kwestie van perceptie dan van een principieel verschil. Men kan inderdaad vanuit het principieel perspectief stellen dat de wet geen optierecht inbouwt en dat de opzegging de regel zou moeten zijn, maar vanuit het perspectief van de dagelijkse praktijk is er wel degelijk een optierecht en het wordt ook zo gehanteerd in de Belgische rechtspraak.¹⁷

IV. ONTSLAGMACHT SLUIT HERPLAATSING UIT EN LEGITIMEERT ONRECHTMATIG ONTSLAG

Met de aanvaarding van het begrip ‘ontslagmacht’ wordt een belangrijke principiële stap gezet. De ‘ontslagmacht’ sluit in de eerste plaats de dwanguitvoering uit in het Belgische arbeidsrecht.¹⁸ Met ‘macht’ wordt bedoeld dat het recht op uitvoering van de overeenkomst, zelfs tijdens de opzegtermijn, wordt vervangen door het recht op een opzegvergoeding.¹⁹ De beslissingsmacht van de werkgever houdt in dat de ontslagbeslissing finaal en onherroepelijk is, ook al is de beëindiging van

¹⁴ Hieruit volgt ook dat de werknemer de werkgever niet kan dwingen om ontslag te geven: Arbh. Antwerpen 7 maart 2002, *JTT* 2003, 180.

¹⁵ Cass. 14 januari 2010, *RW* 2010-11, 800 (inzake concessieovereenkomst); A. COLENS en M. COLENS, *Le contrat d'emploi*, Brussel, Larcier, 1980, 207; M. RIGAUX en P. HUMBLET, “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”, *RW* 1988-89, 734; J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 574 en 620; M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 948; vgl. concessieovereenkomst: Cass. 4 december 2003, *RW* 2005-06, 257.

¹⁶ P. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, Luik, Fac. Droit, 1986, 209; de ‘optie’ is niet strijdig met het sanctiekarakter; M. RIGAUX en P. HUMBLET, *l.c.*, 734; M. TAQUET en C. WANTIEZ, *Congé, Préavis, Indemnité*, II, Brussel, Larcier, 1975, 206-207; V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1996, 739; N. THOELÉN, “Ontslagmacht aan banden: conventionele vastheid van betrekking. Recente ontwikkelingen van bedongen werkzekerheid”, *JTT* 2006, 145.

¹⁷ Vgl. aanneming: G. BAERT, *Aanneming van werk in APR*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 310.

¹⁸ P. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, Luik, Fac. Droit, 1986, 167; V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1996, 624; K. SALOMEZ, *o.c.*, 247.

¹⁹ Cass. 16 oktober 1969, *TSR* 1969, 355, *RCJB* 1970, 527 en *Arr.Cass.* 1970, 167; Cass. 9 maart 1973, *Arr.Cass.* 1973, 671; M. PAPIER-JAMOULLE, “Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de service”, *RCJB* 1970, 540.

de overeenkomst onregelmatig. Helemaal uitzonderlijk is dit niet, want ook in het burgerlijk recht heeft de opzegging een definitief en onherroepelijk karakter.²⁰

De herplaatsing is dus uitgesloten.²¹ Dit geldt zelfs voor beschermde werknemers.²² Hier wijkt de Arbeidsovereenkomstenwet fundamenteel af van het beginsel in het bestuursrecht dat ambtenaren wel degelijk een herstel van dienstbetrekking garandeert bij vernietiging van de ontslagbeslissing. Het ontslagrecht beperken in het Belgische arbeidsrecht komt neer op het vaststellen van een schadevergoeding²³, zelfs voor de beschermde werknemers.²⁴ Dit fundamentele beginsel is nooit echt in vraag gesteld, ook niet door de vakorganisaties.

Bij de herziening van de Welzijnswet werd zelfs gewoon gesteld dat het herstel van de dienstbetrekking na pesterijen weinig zin heeft, nu de relatie meestal grondig is verstoord en uit de praktijk blijkt dat na herstel van de dienstbetrekking de overeenkomst vaak wordt geschorst wegens ziekte.²⁵

Vooral het gebrek aan fundamentele betwisting door de vakorganisaties is voor mij doorslaggevend geweest in mijn pragmatische stellingen. Men zou kunnen stellen dat dit een algemeen beginsel is dat onvermijdelijk van toepassing is in private arbeidsverhoudingen. Maar deze stelling gaat geenszins op. SALOMEZ²⁶, RAUWS²⁷ en JAMOULLE²⁸ wijzen er terecht op dat er geen principiële bezwaren

²⁰ Cass. 3 december 2007, RW 2010-11, 1431, noot A. VAN OEVELEN, "Het definitief en onherroepelijk karakter van de regelmatig gegeven opzegging van een overeenkomst", RW 2010-11, 1432.

²¹ Arbrb. Antwerpen 23 oktober 1997, *Soc.Kron.* 1999, 244; Arbh. Luik, afd. Neufchâteau, 7 juni 2000, *Soc.Kron.* 2002, 34; Arbh. Luik 24 november 1981, *JL* 1982, 171, noot R. MANETTE; R. BLANPAIN, "Vastheid van betrekking in de E.G.", *TSR* 1973, 99; F. HENDRICKX, "De vaste benoeming in het vrij onderwijs", *Publiekrechtelijke Kronieken*, 2001, 188; V. BEULENS en P. STROOBANTS, *Handboek ontslagrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 27, 117 en 123; P. HUMBLET en M. RIGAUX, *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 179; L. PELTZER, *Conventionele overdracht van ondernemingen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 157; V. VANNES, "Le juge des référés et le respect des droits évidents des travailleurs", *JTT* 1999, 278. KG Rb. Brussel 30 januari 2001, *JTT* 2001, 136; K. SALOMEZ, "De macht en het recht tot ontslag" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.) *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 209.

²³ M. PAPIER-JAMOULLE, "Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de service", *RCJB* 1970, 544.

²⁴ I. VAN HIEL, "De ontslagbescherming van de personeelsafgevaardigden na de arresten van het Arbitragehof", *Or.* 2007, 32.

²⁵ MvT, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2686/1 en 2687/1, 34; L. PONNET, *De preventie van psychosociale belasting op het werk waaronder geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag: juridisch kader*, Mechelen, Kluwer, 2011, 170.

²⁶ K. SALOMEZ, "De macht en het recht tot ontslag" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 206.

²⁷ W. RAUWS, "De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 409.

²⁸ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, Luik, Fac. Droit, 1986, 209.

zijn tegen de toepassing ervan en dat enkel een onuitgesproken sociale beleids-overweging de toepassing ervan verhindert.

Een sterk voorbeeld dat de ontslagmacht steunt op een sociale consensus, vinden we inzake leerkrachten in het vrij gesubsidieerd onderwijs. Voor hen geldt immers wel degelijk de re-integratieplicht, die sterk wordt gesanctioneerd door een loondoorbetalingsplicht. Deze sterke bescherming is ingebouwd door artikel 28 van de Schoolpactwet en heeft tot gevolg dat voor deze leerkrachten een vastheid van betrekking is uitgebouwd die vergelijkbaar is met die voor ambtenaren. Hier wordt de nietigheidssanctie wel degelijk doorgetrokken naar het herstel van de betrekking.²⁹ Niettemin zijn deze personeelsleden wel degelijk door een arbeidsovereenkomst verbonden met hun werkgever.³⁰ Meer nog, hun werkgevers kunnen zich op een fundamentele werkgeversvrijheid beroepen krachtens de Grondwet, die de vrijheid van onderwijs organiseert (art. 24 Gw.).³¹ Niettemin werd deze vraag over eventuele strijdigheid van het juridische statuut nooit aan het Grondwettelijk Hof voorgelegd, wat erop wijst dat de sociale partners hierover wel een fundamentele consensus aanhouden die afwijkt van de consensus in andere sectoren.³² Het is dus vooral een consensus tussen sociale partners. Van een algemeen rechtsbeginsel in het arbeidsrecht kan men derhalve moeilijk spreken. Als zelfs een grondwettelijk beschermde werkgever geconfronteerd wordt met een effectief afgedwongen re-integratieplicht, kan men geenszins nog uitgaan van een algemeen rechtsbeginsel in private arbeidsverhoudingen.

Een andere bevestiging dat de wetgever geen herplaatsing wenst, volgt uit de bepalingen inzake de dwangsom in arbeidsverhoudingen in het Gerechtelijk Wetboek. De wetgever heeft er in artikel 1385*bis*, laatste lid Ger.W. voor geopteerd om geen dwangsom toe te laten in arbeidsverhoudingen.³³ Deze expliciete bepaling bevestigt de keuze om inderdaad geen herstel af te dwingen. De arbeidsrechter wordt aldus het belangrijkste drukingsmiddel ontnomen om eventueel de herplaatsing af te dwingen per gerechtelijke beslissing.

²⁹ A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 18 e.v.; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1247-1267.

³⁰ Arbitragehof 17 juni 1999, nr. 66/99, RW 1999-2000, 531, noot R. VERSTEGEN, "Voor het handhaven van een contractuele grondslag voor de arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs bestaat een grondwettelijke verantwoording"; Cass. 25 juni 1979, RW 1979-80, 199; Cass. 11 oktober 1982, RW 1982-83, 1825, concl. Adv. Gen. LENAERTS; Cass. 10 oktober 1988, RW 1988-89, 886; C. ENGELS, "De vastheid van betrekking in het katholiek onderwijs opnieuw ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het Cassatiearrest van 10 oktober 1988", RW 1988-89, 872.

³¹ Cf. ook art. 4.2. Richtlijn 2000/78 en art. 13 Antidiscriminatiewet.

³² D. CUYPERS en A. OVERBEEKE "Vastheid van betrekking in het vrij gesubsidieerd onderwijs", RW 1999-2000, 1363-1369.

³³ K. SALOMEZ, *o.c.*, 411.

Een laatste maar cruciale factor in de onvermijdelijke conclusie van de ontslagmacht is wel het feit dat het Belgische arbeidsrecht weigert om loon toe te kennen wanneer de werknemer geen arbeid heeft verricht, zonder dat een wettelijke schorsingsgrond met loondoorbetalingsplicht voorhanden is. De regel geldt dat de werkgever geen loon verschuldigd is wanneer er niet gewerkt wordt.³⁴ Wanneer er immers geen loon verschuldigd is omdat de werknemer niet meer gewerkt heeft, dan wordt na de feitelijke beëindiging van de overeenkomst een vordering tot loondoorbetaling zinloos en wordt ook de vordering tot re-integratie in de praktijk zinloos³⁵, vooral indien de gerechtelijke procedure lang zou aanslepen. Een echte re-integratieplicht moet voor de werknemer immers ook de loonbetaling inhouden, zoals in de regeling van de beschermde werknemers op grond van de wet van 1991.³⁶

V. HET BETONNEREN VAN DE OPZEG- VERGOEDING IN NAAM VAN DE RECHTS- ZEKERHEID

De rechtspraak inzake de opzegvergoeding heeft deze ontslagmacht nog versterkt. Meer bepaald dient ook de rechtspraak inzake het vakantiegeld in de opzegvergoeding in herinnering gebracht te worden.

Twee voorbeelden illustreren dit.

Het eerste voorbeeld betreft de verrekening van het enkel vakantiegeld bij de opzegvergoeding.³⁷ De (zeer oude, maar thans verlaten) stelling dat dit ook moet worden verrekend omdat de opzegtermijn wel degelijk geschorst wordt tijdens de vakantieperiode, werd door het Hof van Cassatie niet aanvaard.³⁸ Het Hof stelde dat enkel het dubbel vakantiegeld moet worden opgenomen in de berekening. Deze keuze van het Hof kon verantwoord worden vanuit een zeer pragmatisch standpunt: men kan de werkgever niet te veel verschillend behandelen vanuit het loutere perspectief van het tijdstip van de vakantie van de werknemer. Niettemin is het duidelijk dat de beëindiging met opzegvergoeding in verschillende situaties (zoals bij een naderende vakantie) financieel aantrekkelijker wordt in vergelijking met de prestaties gedurende de opzegtermijn. Hoewel begrijpelijk vanuit

³⁴ Cass. 24 december 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 501.

³⁵ N. THOELÉN, *Conventionele overgang van ondernemingen*, Gent, Larcier, 2015, 192-193.

³⁶ Art. 9 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden; art. 1 KB 21 mei 1991 tot vaststelling van de berekenings- en betalingsmodaliteiten van de bijkomende vergoeding verschuldigd aan de personeelsafgevaardigde of de kandidaat personeelsafgevaardigde in het kader van de procedure tot erkenning van de dringende reden (*BS* 28 mei 1991); Arbh. Luik 13 november 2012, *Soc.Kron.* 2014, 103.

³⁷ Cass. 29 mei 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1148, *RW* 1978-79, 489, concl. H. LENAERTS, *TSR* 1978, 343 en *JTT* 1978, 327.

³⁸ Art. 38, § 2 *juncto* art. 28 Arbeidsovereenkomstenwet.

pragmatisch standpunt, wordt de sanctie aldus financieel aantrekkelijker dan de regel, want de werkgever spaart minstens het enkel vakantiegeld uit. Het niet in rekening brengen van de schorsingsgronden in het algemeen maakt de verbreking merkkelijk interessanter vanuit kostenperspectief, vooral indien de opzegtermijn vrij lang is.

Een tweede voorbeeld betreft het gewaarborgd loon bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hoewel de Arbeidsovereenkomstenwet vóór 2014 bepaalde dat het gewaarborgd loon pas kon worden afgetrokken wanneer de arbeidsongeschiktheid langer duurde dan 6 maanden, stelde het Hof van Cassatie dat het gewaarborgd loon niet meer vergoed moest worden wanneer de overeenkomst beëindigd was.³⁹ In dat geval is er geen verplichting meer om het gewaarborgd loon te betalen. Hoewel ook dit standpunt juridisch te onderbouwen valt en goede praktische motieven kon aandragen, blijft de conclusie dat de verbreking door de werkgever bij het begin van de arbeidsongeschiktheid veel voordeliger is dan het laten presteren van de opzegtermijn. Opnieuw wordt zo de sanctie financieel voordeliger dan de regel, waarbij bepaalde rechtsleer kritische bedenkingen formuleerde, aangezien de beschermingsfinaliteit verloren ging.⁴⁰ Dit punt werd recentelijk wel beslecht door de Arbeidsovereenkomstenwet, die een algemene bepaling van aftrekbaarheid van het betaalde gewaarborgd loon in het leven roept.⁴¹ Deze bepaling is echter van toepassing zo de arbeidsongeschiktheid zich voordoet na kennisgeving van de opzeg.⁴² Zodoende behoudt de werkgever nog steeds de mogelijkheid om de vergoedingen te optimaliseren door een snel ontslag met integrale opzegvergoeding kort na het begin van de arbeidsongeschiktheid. Meer nog, de wetgever heeft impliciet de stelling van het Hof van Cassatie bevestigd dat bij onmiddellijke verbreking geen gewaarborgd loon verschuldigd is.

Op andere aspecten heeft het Hof wel getracht om de gelijkheid van beide financiële berekeningen te bewerkstelligen, maar de conclusie in de praktijk (door de werkgever) was en is nog steeds snel gemaakt: in verschillende gevallen is de sanctie van de opzegvergoeding financieel interessanter dan de verplichting tot het respecteren van de opzegtermijn. Voeg daarbij nog de praktische situatie dat de productiviteit van de werknemer in vele gevallen niet identiek zal zijn aan die van een werknemer die nog hoop heeft door hard werk zijn werkgever te behagen. Zo kan hij immers ook aanspraak maken op betaalde verlofdagen om te solliciteren. Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat de financiële sanctie, die

³⁹ Cf. o.m. Cass. 17 september 2007, *JTT* 2008, 288 en *RW* 2008-09, 20.

⁴⁰ B. LIETAERT, "Cumul van gewaarborgd loon en opzeggingsvergoeding en invloed op sociale zekerheid", *AJT* 1996-97, 431-433; H. FUNCK, "La suspension de l'exécution du contrat de travail à travers le prisme de l'incapacité de travail" in *Contrat de travail dix ans après la loi du 3 juillet 1978*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 207.

⁴¹ Art. 37/8 nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet.

⁴² F. HENDRICKX, *De wet betreffende de invoering van een eenheidsstatuut*, Brugge, die Keure, 2014, 19.

de uitzondering zou moeten zijn, in de praktijk de regel werd, vooral indien de opzegtermijn langer dan enkele maanden duurde.

Verder mag ook het belang van de werknemer, in de praktijk vooral de hogere bediende, niet uit het oog verloren worden. De bediende met een lange opzegtermijn had zelf alle voordeel bij een beëindiging met betaling in plaats van met het presteren van een opzegtermijn. Niet alleen kon hij aanzienlijk besparen door zich niet meer naar het werk te moeten verplaatsen, hij won aanzienlijk tijd, die hij volledig kon besteden aan het vinden van een andere betrekking of aan andere privé-initiatieven. Verder was de fiscale behandeling van de opzegvergoeding aantrekkelijker dan het werken tijdens de opzegtermijn.⁴³ De opzegvergoeding genoot immers een fiscale vrijstelling en wordt nog steeds belast tegen de gemiddelde aanslagvoet, die een stuk lager ligt dan de marginale aanslagvoet. Het hoeft dan ook geen verwondering te wekken dat de meeste ontslagen werknemers zelf aandrongen op de betaling van de opzegvergoeding en geenszins op de prestatie van de opzegtermijn. In vele gevallen waren die zelfs bereid om conventioneel de vergoeding te laten dalen volgens het principe “*take the money and run*”.

Dit principe is niet ongewoon. Ook in het Duitse recht blijkt ondanks de principiële aandacht voor de re-integratie de verzilvering van de ontslagbescherming in de rechtspraktijk uitermate belangrijk.⁴⁴ In Nederland wordt wel de regel geponeerd dat het ontslag slechts de *ultima ratio* mag zijn⁴⁵, maar in de praktijk bleek uit de algemene ontsnappingsroute via de gerechtelijke ontbinding door de kantonrechter eveneens dat de werknemer eerder een vergoeding op het oog heeft dan wel het verderzetten van de verhouding die toch ernstig verstoord is.⁴⁶

Wanneer echter, zoals in België, zowel de werkgever als de werknemer voordeel hebben bij de sanctie, hoeft het geen verwondering te wekken waarom de regel de uitzondering wordt, niettegenstaande alle mogelijke principiële bezwaren van rechtsgeleerden.

Het feit dat de schending van de regel voor beide partijen interessanter lijkt dan het regelconforme gedrag, verklaart ook waarom de vakorganisaties in België nooit een principieel punt hiervan hebben willen maken. Een belangrijk motief waarom zij er nooit een echt strijdpunt van hebben gemaakt, ligt allicht in deze berekening van het directe en pragmatische voordeel van de werknemer. Dit

⁴³ Art. 171, 5°, a WIB 1992.

⁴⁴ E. DORNDORF, “Abfindung statt Kündigungsschutz”, *Betriebsberater* 2000, 1938-1943.

⁴⁵ C.J. LOONSTRA en W.A. ZONDAG, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 348-356; W. VAN DER GRINTEN, W.H. BOUWENS en R.A. DUK, *Arbeids-overeenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 293-295; J. DOP en M.M. KROON, *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn, Maklu, 2012, 26-27.

⁴⁶ G. HEERMA VAN VOSS, “Ontslagrecht in Nederland”, *TPR* 2001, 2129-2177; K. SALOMEZ, o.c., 368.

verklaart waarom de ontslagmacht als principe relatief zelden fundamenteel is aangevochten en zelfs niet op de onderhandelings tafel kwam tijdens de recente herziening van de ontslagregels.

Om de regel van de re-integratie terug af te dwingen, is het vooral van belang dat de overtreder van de regel niet meer met zekerheid kan voorspellen wat de sanctie zal zijn. Een terugkeer naar de reële schadevergoeding zou inderdaad een principiële terugkeer inhouden naar het contractuele grondbeginsel dat een schending van de regel geen voordeel mag opleveren voor diegene die de regel schendt, zoals RIGAUX en HUMBLET terecht voorhouden. Het valt op dat slechts weinig auteurs deze (nochtans logische) gedachtegang volledig willen afronden.⁴⁷

BUYSSENS heeft dit nog verdedigd inzake de begroting van de opzegtermijn van de hogere bedienden overeenkomstig het oude artikel 82, § 3 Arbeidsovereenkomstenwet, die volgens hem effectief rekening zou moeten houden met reclaseringsmogelijkheden.⁴⁸ Dat was inderdaad het doel van deze wettelijke bepaling, die de rechter moest toelaten om een gepaste opzegtermijn voor de hogere bediende te bepalen, rekening houdend met alle feitelijke omstandigheden.

Volgens hem was de begroting van de opzegtermijn voor hogere bedienden afgedwaald van de eigenlijke functie, namelijk de reële reclaseringsmogelijkheden onderzoeken.⁴⁹ Op deze wijze zou de vergoeding inderdaad veel minder vaststaan. Maar het gemak waarmee ‘gemiddelden’ werden verheven tot ‘norm’ via de schaal-‘Claeys’ ligt volstrekt in de lijn van het sociale beleid, dat graag ‘verzilverde’. De praktische aandacht voor het snelle geld stelde daarbij principiële beschouwingen op de achtergrond. Het feit dat de schaal slechts een statistisch gemiddelde was, dat in de praktijk sterk uiteenlopende begrotingen kon verbergen, werd volledig uit het oog verloren. De rechtspraak hield meer rekening met de individuele billijkheid dan men meestal wilde erkennen. Dat komt omdat bij

⁴⁷ M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 978-981; M. RIGAUX en P. HUMBLET, “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”, *RW* 1988-89, 729-743; K. SALOMEZ, “Ontslagmacht: een absoluut recht?”, *Soc. Kron.* 1999, 211-215; M. RIGAUX, “Werknemersinspraak in ontslagaangelegenheden: een beperking aan de individuele ontslagmogelijkheid in hoofde van de werkgever” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht II*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 188; M. RIGAUX, “Werkzekerheidsbedingen in collectieve arbeidsovereenkomsten” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht IV*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 498 e.v.; M. RIGAUX, “Werkzekerheidsbedingen in collectieve arbeidsovereenkomsten” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht IV*, Antwerpen, Maklu, 1994, 441 e.v.; C. WANTIEZ, “Licenciement abusif. Article 63 de la L.C.T. Licenciement lié à la conduite ou à l’aptitude de l’ouvrier. Règle de proportionnalité. Non requise. Caractère supplétif de l’article 63”, *JTT* 2001, 408-410.

⁴⁸ H. BUYSSENS, “Actualia opzegtermijnen en -vergoedingen” in *CBR Jaarboek 2009-2010*, 229-264.

⁴⁹ In dezelfde zin met aangepaste formules voor de rechtspraak: J. MEYERS en K. GEENS, “Opzegtermijnen voor bedienden: Rechtspraak en toverformules”, *RW* 1981-82, 1313-1340.

de berekening van gemiddelden de extremen steeds weggefilterd werden als statistisch ‘irrelevant’. Even na mijn stage bij Thierry CLAEYS, tijdens welke ik meewerkte aan het actualiseren van de schalen, heb ik hierover een kritische studie geschreven, die hij trouwens nagelezen heeft, zonder enige verdere commentaar.⁵⁰ Het was trouwens een publiek geheim dat de auteur zelf het niet eens was met deze rechtspraak. De formule was immers bestemd voor onderhandelingen tussen partijen die de onmiddellijke beëindiging beoogden. Het werd nadien (mischien ten onrechte) ook de (minimale) norm voor de rechter aan wie gevraagd werd een gepaste ontslagvergoeding toe te kennen.

Een terugkeer naar de vrije begroting van de opzegtermijnen voor de hogere bedienden, zoals bepleit door BUYSSENS, en niet voor de andere werknemers, ligt echter moeilijk, want het benadrukt de ongelijkheid tussen de verschillende categorieën van werknemers wel heel sterk. Het is maar de vraag of het hoger opgeleide en goed betaalde kaderlid wel echt meer tijd nodig heeft om een gelijkwaardige betrekking te vinden dan de oudere arbeider die wegens zwaar fysiek werk ook lichamelijke schade heeft opgelopen. De gelijkstelling tussen de verschillende categorieën van werknemers is het onvermijdelijke gevolg van het gelijkheidsbeginsel, dat mede aanleiding was tot de WES en niettegenstaande het feit dat het Grondwettelijk Hof geen bezwaren had tegen de indeling in hogere en lagere bedienden.⁵¹ Met de WES is sinds 1 januari 2014 deze enige historische uitlaatklep voor de aanpassing van de ontslagvergoeding voor hogere bedienden definitief afgevoerd en zijn de opzegtermijnen nu echt gebetonneerd in de Arbeidsovereenkomstenwet. Alleen al in dit aspect is de WES inderdaad een mijlpaal.

VI. ER IS IETS VERANDERD SINDS 1 JANUARI 2014

Eenzijds lijkt de zogenaamde wet op het eenheidsstatuut op talrijke punten een achteruitgang in te houden, die geenszins de werknemersbescherming verhoogt. Niet alleen zijn de opzegtermijnen substantieel verlaagd voor nieuwe arbeidsovereenkomsten van bedienden. De kwestie betreffende de motivering van het ontslag werd zelfs niet door de wetgever geregeld, maar werd overgelaten aan de sociale partners. De Raad van State was op dit punt zeer kritisch.⁵² Zo werd CAO nr. 109 onderhandeld en ondertussen gepubliceerd.⁵³

⁵⁰ D. CUYPERS, “Gemiddelde en afwijkingen: praktische toepassing van de schaal CLAEYS”, *Or.* 1991, 173-183.

⁵¹ Arbitragehof 3 maart 1994, *BS* 23 maart 1994.

⁵² RvS 6 november 2013, nr. 54.231/1, *Parl.St.* 2013-14, nr. 53K3144/001, 116.

⁵³ CAO nr. 109 van 12 februari 2014, algemeen verbindend verklaard bij KB 9 maart 2014, *BS* 20 maart 2014; G. DEVILLE en P. GEERBAERT, “Cao nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc. Kron.* 2014, 123-139.

Het is tekenend voor het Belgische ontslagrecht dat een centraal punt in de ontslagbescherming niet door de wetgever wordt beslecht, maar overgelaten wordt 'in de rand' aan de sociale partners voor verdere afwerking. De samenhang met de andere vormen van bijzondere ontslagbescherming werd niet eens onderzocht. Dit tekent ten volle hoe weinig coherent het Belgische ontslagrecht tot stand komt. Nu de opzegtermijnen al waren vastgelegd in het compromis tussen de sociale partners en in de wet, is het maar de vraag welke onderhandelingsmarge de sociale partners nog over hadden om dit sluitstuk over de behoorlijke motivering en de inhoudelijke ontslagtoets te regelen. Deze bescherming is immers het 'commu-nicerende' vat met de ontslagbescherming via de opzegtermijnen. De ontslagkost wordt immers in de regel als één geheel beschouwd, waarvan beide onderdelen, zowel de opzegtermijn als de inhoudelijke bescherming, een tweeluik vormen.

Er wordt vaak beweerd dat België erg genereus was betreffende ontslagvergoedin-gen, maar is dat wel zo? In de laatste versie van de OESO-vergelijking van ontslag-bescherming staat het Belgische ontslagrecht onderaan de lijst in vergelijking met de naburige landen.⁵⁴ België komt voor het individuele arbeidsrecht nauwelijks uit boven het OESO-gemiddelde, dat flink naar beneden wordt getrokken door diverse landen waar ontslagbescherming nauwelijks bestaat. Dit wordt in België wel gecompenseerd door een zeer sterke bescherming bij collectief ontslag.

	Protection of permanent workers against individual and collective dismissals	Protection of permanent workers against (individual) dismissal	Specific requirements for collective dismissal	Regulation on temporary forms of employment
	EPRC	EPR	EPC	EPT
Belgium	2,95	2,08	5,13	2,42
France	2,82	2,60	3,38	3,75
Germany	2,98	2,72	3,63	1,75
the Netherlands	2,94	2,84	3,19	1,17
OECD unweighted average	2,29	2,04	2,91	2,08

Dat collectieve ontslagrecht is echter slechts van toepassing op een klein aantal werknemers dat in grote ondernemingen werkt. De meerderheid van de Belgische werknemers werkt nog steeds in kleine en middelgrote ondernemingen⁵⁵ en komt er dus bekaaid vanaf met een ontslagbescherming die nauwelijks boven een OESO-

⁵⁴ www.oecd.org/employment/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm.

⁵⁵ Volgens de cijfers 2014 van de Europese Commissie werkt 69,3% van de werknemers in kleine en middelgrote ondernemingen. Zelfs indien men 'klein' definieert als "minder dan 50" werknemers, werkt nog steeds 53,5% van de werknemers in kleine ondernemingen: EUROPEAN COMMISSION, *Enterprise and industry*, 2014 SBA Fact sheet, 2: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/performance-review/files/countries-sheets/2014/belgium_en.pdf.

gemiddelde uitkomt, dat zelf een weinig fraai gemiddelde is met verwerking van extremen (zoals de VS en het VK). In ieder geval scoort België merkkelijk lager dan de Europese buurlanden. Dat is trouwens al langer in de vergelijkende studies van de OESO te merken, hoewel deze statistieken ook niet absoluut betrouwbaar zijn, want ze steunen op een kwantificering die voor betwisting vatbaar is.⁵⁶ Verder is het gemiddelde van de OESO zelf aan herziening toe, nu diverse landen recent een flexibilisering van het ontslagrecht hebben ingevoerd (*cf.* Italië, waarvan het effect eveneens nog verwerkt moet worden).

Zonder het uitdrukkelijk als doel te formuleren, is het Belgische ontslagrecht volgens deze harde cijfers een ‘dual’ ontslagrecht, waarbij de ontslagbescherming in sterke mate samenhangt met de omvang van de onderneming.

Meer nog: deze niet erg flatterende positie binnen de OESO inzake ontslagbescherming in de Arbeidsovereenkomstenwet dateert nog van vóór de WES. Nu de ontslagbescherming van de modale werknemer (zijnde de nieuwe bedienden) een flink stuk lager uitvalt met de WES, lijkt het onvermijdelijk dat België nog verder zal zakken in deze rangschikking. Het wordt dus afwachten hoe ver men nog zal zakken, al zal de OESO het allicht moeilijk krijgen om de gemiddelde ontslagbescherming te berekenen, nu er een substantieel verschil is ingevoerd tussen werknemers met anciënniteit vóór 1 januari 2014 en werknemers met anciënniteit na deze datum.

In het compromis van begin juli 2013 tussen de sociale onderhandelaars, dat aan de wet ten grondslag ligt, ging alle aandacht naar de eenmaking van de opzegtermijnen en daarmee verbonden naar de opzegvergoedingen. Dit verraadt ook dat de vakorganisaties zelf geen hoge prioriteit geven aan het tweede luik betreffende de principiële bescherming tegen ontslag. In feite hebben deze vooral de ‘verworven rechten’ van de oudere bedienden beschermd. De WES is dan ook de consequente toepassing van het principe van de verzilvering van de ontslagvergoeding, maar dan vooral voor de werknemers met anciënniteit. Dat betekent evenwel ook dat de anciënniteit verworven na 1 januari 2014 steeds belangrijker zal worden en daarmee zal de ontslagvergoeding steeds lager uitvallen dan de berekening op grond van de oude regels. Dat geldt echter uitsluitend voor de sectoren waar vooral bedienden tewerkgesteld worden. Voor de sectoren waar de arbeiders de grote meerderheid uitmaken, zullen de ontslagkosten allicht stijgen. Voor de (schaarse) sectoren waar de arbeiders al een gelijkstelling hadden met de bedienden, zakt de opzegvergoeding eveneens. Maar indien men rekening houdt met het feit dat de tewerkstelling in de private sector in overgrote meerderheid bedienden betreft, en dan vooral substantieel hogere bedienden, is het duidelijk

⁵⁶ D. CUYPERS, “Is het ontslag te duur? Enkele kritische beschouwingen over het Belgische ontslagrecht” in C. REYNs (ed.), *Werkgelegenheid en inkomen*, Antwerpen, UFSIA, 1996, 67-92.

dat de meerderheid van de werknemers er geenszins op vooruitgaat (althans op termijn).⁵⁷

De juridische oplossing van de WES heeft tot gevolg dat de ontslagkost voor werkgevers de komende jaren systematisch zal dalen, zij het zeer ongelijk verdeeld over diverse sectoren. De kost zal sterk dalen voor de meeste werkgevers en werknemers.

De uitholling van de ontslagbescherming hangt mijns inziens wel degelijk samen met het verlaten van het principe van het behoud van de dienstbetrekking. Nu precies de reële ontslagvergoeding als regel en het herstel van de dienstbetrekking als principe vergeten wordt, lijkt het logisch dat de ontslagvergoedingen steeds meer de neiging hebben tot dalen. Zuiver beschouwd vanuit het kostenplaatje, lijkt het ontslag immers alleen maar een kost. Met het vastleggen van de ‘verworven rechten’ van de werknemers met anciënniteit wordt het ‘verzilveringsprincipe’ doorgetrokken naar het overgangsrecht. Men verliest aldus opnieuw de schadebeperkingsplicht van de werkgever uit het oog, waardoor men het opgeeft enigszins een afweging te maken tussen de conflicterende belangen en men belandt in een zuiver ‘flexibiliteitsdiscours’, wat ook de discussie over het compromis aanzienlijk heeft bemoeilijkt. In het kostendiscours wordt het aspect van opbrengst van het behoud van de arbeidsbetrekking verwaarloosd. Loon, zijnde de vergoeding voor de werknemers, wordt enkel nog beschouwd als een ‘kost’, niet meer als een ‘investering’.

Op dit ogenblik is het nog de vraag of dit wettelijk compromis de toets van het Grondwettelijk Hof zal doorstaan. Want hoewel het Hof reeds in 2011 de bestaande discriminatie veroordeelde, werkt de discriminatie in het verleden wel heel sterk door in de toekomst. Het is momenteel eerder speculatief, vooral nu er verschillende beroepen hangende zijn bij het Grondwettelijk Hof. Zo hebben de vakorganisaties al een vernietiging gevraagd van de uitzonderingsregelingen voor arbeiders (art. 70, § 4 en 97 WES)⁵⁸ en ook de regeling inzake outplacement ligt onder vuur.⁵⁹

⁵⁷ In 2012 waren er in de Belgische privésector respectievelijk 1.241.164 arbeiders en 1.520.266 bedienden aan het werk. FEDERALE OVERHEIDSDIENST SOCIALE ZAKEN, VOLKSGEZONDHEID EN LEEFMILIEU, *Vademecum, Begroting van de sociale bescherming*, Brussel, www.socialsecurity.fgov.be/docs/nl/publicaties/vademecum/2014/vademecum_2014_nl.pdf (10 mei 2015). Wegens de geleidelijke ontwaarding van de loongrenzen was het grote deel van de bedienden ‘hogere bediende’ geworden, wat mee de aanleiding was tot de systematische daling van de schaal-Claeys doorheen de decennia.

⁵⁸ Bericht BS 14 augustus 2014. Beroep ingediend door ACV, ABVV en ACLVB.

⁵⁹ Bericht BS 1 augustus 2014. Beroep ingediend door de NCK.

Los daarvan kan men niet om de vaststelling heen dat de ontslagbescherming de komende jaren op een hellend vlak naar beneden komt te staan. In de komende decennia zullen de meeste jongere werknemers steeds minder kunnen claimen.

VII. MAAR WE HEBBEN TOCH CAO NR. 109?

Weliswaar heeft CAO nr. 109 nu een algemene regeling uitgewerkt inzake het onrechtmatig ontslag voor alle werknemers. Deze CAO verplicht de werkgever op aanvraag het ontslag te motiveren en de ontslagreden wordt nu eveneens getoetst op de 'kennelijke onredelijkheid'.

De vraag of er nu al dan niet soepeler moet worden geoordeeld dan vroeger met de marginale toetsing blijft open. Allicht speelt de verwachting dat met lagere vergoedingen de rechtspraak minder restrictief zal zijn, maar het is de vraag of de rechtspraak wel zal afstappen van de restrictieve toekenning van bijkomende ontslagvergoedingen.

Evenwel ontkomt men niet aan de vaststelling dat deze CAO merkelijk lagere vergoedingen bepaalt dan het vroegere artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet. Waar deze bepaling nog een schadevergoeding bepaalde gelijk aan 6 maanden loon, bepaalt de nieuwe CAO amper een vergoeding van minimaal 3 weken tot maximaal 17 weken loon, d.w.z. respectievelijk 8 maal en 35% lager dan de vorige vergoeding.

De vergoedingen lijken zelfs zo laag dat ze tot op heden nauwelijks gevorderd worden. Dit is niet alleen te wijten aan de lage vergoedingen, maar ook aan de hoge rechtsplegingsvergoedingen, afgewogen tegen een lage succesratio. Er zijn weinig motieven voor een pleiter om frequent een beroep te doen op deze CAO. Een vergoeding van 3 weken loon weegt geenszins op tegen de hogere rechtsplegingsvergoeding en de lage slaagkans van de vordering. Het wordt des te interessanter voor slachtoffers om zich te beroepen op andere vormen van bijzondere bescherming, zoals in de Antidiscriminatiewet of in de Welszijnswet (bescherming tegen pesten).⁶⁰ Voor een evaluatie van deze CAO is het nog te vroeg en dient men de rechtspraak nog af te wachten. Wel kan men stellen dat het gecombineerde effect van de lagere opzegtermijnen met lage sancties in CAO nr. 109 op termijn resulteert in een substantiële verlaging van de bescherming tegen onrechtmatig ontslag.

Na voorgaande beschouwingen zou men kunnen besluiten dat alles wel bij het oude zal blijven. Heel zeker is dat niet. Men zou ook kunnen stellen dat met de WES de slinger nu te veel naar de rechtszekerheid is doorgeslagen.

⁶⁰ Cf. o.a. Arbh. Brussel 6 juni 2008, *Juristenkrant* 2008 (weergave B. DEVUYST), afl. 176, 13.

Enerzijds zullen met een lagere bescherming tegen ontslag steeds meer zaken opduiken waar het onrechtmatig karakter zonder effectieve remediëring zal toenemen. Men kan daarbij denken aan de oudere werknemers met hoge anciënniteit. Nu ook de brugpensioenregeling onder vuur komt te liggen en vervangen is door de SWT-regeling, zullen er steeds meer situaties opduiken van oudere werknemers met een lange anciënniteit die ontslagen worden. De disproportie tussen de schade die deze werknemers lijden en de ontslagkost zal met de dalende ontslagvergoedingen voor oudere werknemers op grond van de WES alleen maar toenemen, tenzij de toetsing minder ‘marginaal’ wordt. Dit verklaart allicht waarom het sterk restrictieve karakter van de ontslagbescherming volgens CAO nr. 109 steeds meer onder vuur komt te liggen.⁶¹ Nu de bedienden hun riantie opzegtermijnen verloren hebben en genoeg moeten nemen met lagere opzegvergoedingen, zal de noodzaak om ‘marginaal’ de schade te toetsen, ook afnemen. Met een SWT-regeling kan de proportionaliteitstoets bij hun ontslag immers *in concreto* heel anders uitvallen.

Men kan opmerken dat de nieuwe CAO wel de verplichting heeft ingevoerd om het ontslag te motiveren. Maar deze plicht is slechts uitgesteld en het is maar de vraag hoeveel werknemers het nuttig of zelfs wenselijk zullen achten om deze motivering op te vragen, nu het niet geheel duidelijk is wat het (mogelijk negatieve) effect hiervan op de werkloosheidsuitkeringen zal opleveren. Ook hier valt op dat de sanctie op deze verplichting slechts twee weken loon bedraagt. Dat zet niet bepaald een hoge prijs op een regel die zou moeten behoren tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zeer lage bedrag is, zoals ik in de wandelgangen van een sociale organisatie heb mogen vernemen, ten dele hieraan te wijten dat men er ook op rekent dat een aantal werkgevers dit bedrag eerder zullen betalen dan wel het risico zullen lopen om een bedenkelijke motivering op te stellen die tot een hogere vergoeding aanleiding kan geven. Gesteld immers dat er discussie bestaat over de ontslagreden, dan zal het voor een werkgever en werknemer vaak interessanter zijn om meteen deze vergoeding te betalen, dan wel hiervoor een advocaat in te huren. Door een lage vergoeding speculeert men aldus nogmaals op de ‘verzilvering’ van een beginsel van behoorlijk werkgeverschap eerder dan het verzekeren van de rechtshandhaving of het garanderen van de beginselen van behoorlijk bestuur. Het is zeer de vraag of deze bepaling wel effectief enig voordeel zal verschaffen, vooral indien de rechtspraak de ‘afdoende’

⁶¹ D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, “Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De cao nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht”, *Or.* 2014, 101; D. HEYLEN, L. VERMEULEN en I. VERREY, “Addendum bij: De beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder het eenheidsstatuut n.a.v. cao nr. 109 van 12 februari 2014” in D. HEYLEN, L. VERMEULEN en I. VERREY, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder het eenheidsstatuut*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 4; P. CRAHAY, “Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable”, *Or.* 2014, 2-13.

motiveringsplicht soepel zal interpreteren.⁶² Het gaat immers niet om de strenge motiveringsplicht van artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet bij de dringende reden. De nieuwe bewijslastverdeling in acht genomen, lijkt een soepele aanvaarding van ‘afdoende’ motivering de rechtspositie van de werknemer niet bijzonder te versterken. Er zijn ook geen redenen om aan te nemen waarom de rechtspraak niet soepel zou omgaan met de motiveringsplicht, nu blijkbaar wordt aanvaard dat een algemene motiveringsplicht “te veel administratieve last” veroorzaakt. Ook hier lijkt de discussie volop de focus te leggen op de ontslagkost en niet op de beginselen van behoorlijk bestuur.

Er zijn dus momenteel geen redenen om te verwachten dat de Belgische ontslagmacht wezenlijk beperkt zal worden. De WES en CAO nr. 109 worden door dezelfde traditionele principes gedragen als het oude Belgische arbeidsrecht, meer nog, ze lijken deze zelfs te versterken. Ze versterken de perceptie op de ontslagregels als ‘kost’, niet als ‘laatste middel’.

VIII. BUITEN DE EUROPESE WAARD GEREKEND?

De Belgische evolutie mag evenwel niet los gezien worden van het Europese recht. Niet alleen mag verwezen worden naar artikel 30 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat alleen in de Nederlandse versie spreekt over kennelijk onredelijk ontslag, terwijl deze restrictieve visie niet terug te vinden is in andere talen.⁶³ Dit artikel heeft slechts een restrictief toepassingsgebied en is niet van toepassing in zuiver interne rechtsverhoudingen, maar dat is ook een wat ongenueanceerd standpunt.

Meer bepaald inzake de Antidiscriminatiewet van 2007, die in oorsprong Europees is, is het beginsel van de ontslagmacht heel wat minder zeker, nu de wetgever de stakingsvordering heeft geaccepteerd. Nu heeft de ontvangst van dit Europese discriminatierecht in het begin enige discussie opgeleverd, maar thans lijkt de discussie wat geluwd. Deze evolutie lijkt geen bres te slaan in de ontslagmacht – dat was althans mijn analyse enkele jaren geleden.⁶⁴ Met deze analyse was Marc het

⁶² D. DEJONGHE en K. DECRUYNAERE, “Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De cao nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht”, *Or.* 2014, 103.

⁶³ L. MONSEREZ, “Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?”, *Or.* 2010, 97.

⁶⁴ D. CUYPERS, “Het injunctierecht van de rechter staande de overeenkomst” in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGHE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 7, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1-44; in dezelfde zin: F. HENDRICKX, “Bijzondere procedures in arbeidssaken: stakingsvorderingen in discriminatie- en pestzaken”, *Themis* nr. 60, 2010, 110; S. DEMEESTERE, “Stakingsprocedure op grond van de antidiscriminatiewet in de praktijk- Een voorlopige balans”, *Or.* 2007, 129; I. VERHELST en S. RAETS, “Discriminatie op de arbeidsplaats: gewikt en gewogen. Een overzicht van de rechtspraak van de arbeidsgerechten betreffende de antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007”, *Or.* 2011, 90-125; L. MONSEREZ, “Het verdrag

trouwens niet helemaal eens. Herhaaldelijk heeft hij gesteld dat er te weinig uit het discriminatierecht wordt gehaald dan er feitelijk aan middelen in verscholen zit.

Daar zit iets in, want de vraag rijst of door het forfaitair vastleggen van schadevergoedingen en door het principieel uitsluiten van de herplaatsing als sanctie de Belgische ontslagregels nog wel conform de Europese richtlijnen zijn, die eisen dat de nationale sancties effectief en afschrikwekkend zijn.⁶⁵ Met de recente ontwikkelingen die België mede stuwen in de richting van lagere schadevergoedingen, kan dat vroeg of laat een probleemvormen, ook buiten het discriminatierecht.⁶⁶ Vroeg of laat zal een migrerende werknemer zich beroepen op het Handvest en de relatief lage sanctie in vraag stellen. Door een te lage sanctie wordt het principe immers uitgehold.

VERMEULEN oefent eveneens kritiek uit op mijn stelling dat er nog geen bres geslagen is in het Belgische ontslagrecht, met verwijzing naar enige opvallende gerechtelijke uitspraken.⁶⁷ Volgens hem legt het Belgische arbeidsrecht zich nogmaals te snel neer bij de ontslagmacht.⁶⁸ Dat is inderdaad het geval. Het Hof van Justitie heeft minder moeite met de erkenning van de nietigheid van het ontslag. In de arresten *Brok International*⁶⁹ en *Jules Dethier Equipment*⁷⁰ heeft het Hof van Justitie dan ook gesteld dat de werknemers van wie de overeenkomst werd beëindigd in strijd met het ontslagverbod op de datum van de overgang van de onderneming, geacht worden nog steeds in dienst te zijn van de onderneming.

Nu lijkt het Hof van Justitie zich evenwel niet direct te begeven op het glibberige pad van de nationale rechtshandhaving.⁷¹ Ook de Europese context lijkt niet erg gunstig voor meer substantieel Europees arbeidsrecht, maar onvermijdelijk zal ooit de vraag rijzen of een gelimiteerde en forfaitaire schadevergoeding wel een

van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?”, *Or.* 2010, 98; A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 367-419.

⁶⁵ Art. 17 Richtlijn 2000/78: “Sancties: De lidstaten stellen vast welke sancties gelden voor overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 2 december 2003 in kennis van die bepalingen en stellen haar zo spoedig mogelijk in kennis van eventuele latere wijzigingen daarop.”

⁶⁶ Cf. reeds HvJ 25 april 2013, C-81/12, *Asociatia Accept*, overw. 60 e.v.

⁶⁷ O.a. Cass. 29 juni 1988, *Arr.Cass.* 1988-89; Arbh. Brussel 27 november 1986, *JTT* 1988, 47; Arbh. Brussel 6 april 2007, *JTT* 2007, 348, noot K. SALOMEZ en *Soc.Kron.* 2008, 15, noot J. BUELENS.

⁶⁸ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Gent, Larcier, 2015, 32 e.v.

⁶⁹ HvJ 15 juni 1988, C-101/87, *Bork International*, overw. 18.

⁷⁰ HvJ 12 maart 1998, C-319/94, *Jules Dethier Equipment*, overw. 35.

⁷¹ M. JAMOULLE en V. BERTRAND, “L’incidence du droit communautaire sur le droit belge du travail”, *CDE* 1989, afl. 1-2, 106-162.

adequaat instrument is om vermogende werkgevers van het discriminerende pad af te brengen. Door het inbouwen van een forfaitaire schadevergoeding wordt de dader immers weer een wettelijke optie geboden, die in wezen vooral voordelen biedt voor de dader in vergelijking met een reële schadevergoeding, die wegens haar inherent onzeker karakter een preventieve werking kan uitoefenen. Gelet op de dubieuze samenloop van bijzondere ontslagvergoedingen en CAO nr. 109 met het risico van een hoge rechtsplegingsvergoeding bij verlies, kan men niet bepaald stellen dat het Belgische ontslagrecht schittert met een transparant en efficiënt sanctiesysteem bij een ontslag dat steunt op onredelijke gronden.

Als voorbeeld van mogelijk conflict kan de moederschapsbescherming vermeld worden. Die regeling is strak procedureel en soms aleatoir. Wanneer de zwangere werknemster immers een miskraam krijgt vóór 180 dagen zwangerschap, verliest zij haar ontslagbescherming. Niettemin kan haar ontslag rechtstreeks te wijten zijn aan haar lichamelijke toestand en gaat het om een directe discriminatie op grond van geslacht. In dat geval reeds oordeelde de rechtspraak dat men een toevlucht moet zoeken tot andere oplossingen, zoals de rechtsfiguren van misbruik van ontslagrecht of willekeurig ontslag.⁷² Ook het Hof van Justitie dringt aan op een effectieve sanctie.⁷³ Een sanctie van 3 weken conform CAO nr. 109 is niet bepaald afschrikwekkend te noemen om een werkgever te doen afzien van discriminatoir ontslag. En dan moeten we er nog even aan herinneren dat het Europese Comité van experts zelfs een vergoeding van 6 maanden loon niet afschrikwekkend vond.⁷⁴ Daarmee staat het niet alleen.

Ook het VN-comité inzake de Rechten van Personen met een Handicap was vrij kritisch inzake de rechtshandhaving bij het Belgische ontslagrecht.⁷⁵

Dergelijke bevinding mag ons niet verwonderen vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Door te veel aandacht voor de formele rechtszekerheid en te weinig oog voor de efficiëntie van de ontslagverboden, heeft de Belgische wetgeving veel blinde vlekken gekregen voor concrete rechtsbescherming. Dat hoeft niet te verwonderen. Waar men immers het herstel van de dienstbetrekking *in concreto* uit het oog verliest en de beëindiging enkel benadert vanuit het perspectief van

⁷² Arbh. Luik 12 november 2001, *Soc.Kron.* 2003, 170-172, noot J. JACQMAIN; Arbh. Brussel 16 juni 2009, *Soc.Kron.* 2010, 19, noot J. JACQMAIN.

⁷³ HvJ 4 oktober 2001, C- 438/99, *Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios*, *Soc.Kron.* 2002, 432; HvJ 4 oktober 2001, C-109/00, *Tele Danmark*; HvJ 11 oktober 2007, C-460/06, *Nadine Paquay*; HvJ 4 oktober 2001, *Brandt-Nielsen*, *Soc.Kron.* 2002, 436.

⁷⁴ ECSR, Conclusions, XV-2, 2001, Tome 1, 93, www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/ConclusionsYear_fr.asp.

⁷⁵ CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES – COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, *Observations finales concernant le rapport initial de la Belgique*, 3 oktober 2014, 2, p. 2 *in fine*: “Le Comité recommande que la structure de recours de cette loi soit examinée pour s’assurer que les plaignants soient en mesure de recourir à des injonctions et puissent recevoir des dommages lorsque leurs plaintes pour discrimination ont été prouvées dans des procédures judiciaires”.

de vergoeding, vervalt men allicht snel in een abstracte gelijkheid, zoals in een formule-Claeys, die de individuele billijkheid geenszins nog recht doet in concrete behartigenswaardige situaties, meer nog, gewoon elimineert bij de 'berekening'.

Het is ook mogelijk dat de Belgische rechtspraak afstapt van de minder marginale toetsing inzake de bijzondere ontslagvergoedingen en wat soepeler zal omspringen, nu de riant opzegvergoedingen van hogere bedienden stilaan eroderen. Pleiters kunnen deze bijzondere ontslagvergoedingen ook herontdekken, nu de vergoedingen substantieel interessanter zijn dan die van CAO nr. 109. Nu evenwel deze CAO een cumulverbod bepaalt⁷⁶, zouden pleiters weleens systematisch kunnen kiezen voor deze bijzondere ontslagvergoedingen, vooral indien de sanctie van de hogere rechtsplegingsvergoeding bij verlies van de procedure wenkt.

Vanuit dit perspectief blijft de Europese kritiek allicht te zwak om de Belgische vastgeroeste consensus aan het wankelen te brengen. Maar er is meer. Tenslotte rijst ook de vraag of de acceptatie van de ontslagmacht ook wel conform is aan het nieuwe paradigma van de inclusieve arbeidsmarkt.⁷⁷ Steeds meer lijkt het erop dat het Europese recht via de doelstellingen van de inclusieve arbeidsmarkt een grotere aandacht propageert voor het effectieve behoud van de tewerkstelling. Dat heeft wel degelijk implicaties voor de gelijkheidsidee en het legt de werkgever onmiskenbaar nieuwe sociale verplichtingen op door een uitbreiding van sociale rechten bij ontslag.⁷⁸ De omzetting van behoud van de arbeidsbetrekking naar een schadevergoeding en exclusie uit de arbeidsmarkt wordt in het Belgische arbeidsrecht immers wel heel vlot, allicht te vlot, gezet.⁷⁹ Dat maakt dat de arbeidsparticipatie van werknemers met een handicap wel heel laag ligt in België. En inzake de inclusieve arbeidsmarkt na het post-brugpensioentijdperk valt in dit verband ook wel een discussie te starten.⁸⁰ Hoe we deze oudere werknemers effectief aan het werk gaan houden, zonder ook de ontslagmacht te raken in het

⁷⁶ Art. 9, § 3 CAO nr. 109.

⁷⁷ Preamble (8) van Richtlijn 2000/78; art. 5, eerste lid Framework Agreement on Inclusive Labour Markets, 2010: "European social partners consider that labour market inclusion is an essential condition for cohesion, including the fight against poverty, and economic success."; Commission Recommendation of 3 October 2008 on the active inclusion of people excluded from the labour market (notified under document number C(2008) 5737), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008H0867> (1 mei 2015); HOGE RAAD VOOR DE WERKGELEGENHEID, *Verslag 2014*, FOD Werkgelegenheid, Brussel, Arbeid en Sociaal Overleg, 2014, 19; H. HUYSENTRUYT, P. MEIER en K. CELIS, *Onderzoeksnota: Disability Mainstreaming in Vlaams beleid*, Antwerpen, Steunpunt Gelijkekansenbeleid, 2014, 4.

⁷⁸ S. FREDMAN, "Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm" in E.F. EMENS en M.A. STEIN (eds.), *Disability and Equality*, Farnham, Ashgate, 2012, 123-142.

⁷⁹ N. BETSCH en A. VAN REGENMORTEL, "Definitieve arbeidsongeschiktheid bekeken vanuit het anti-discriminatierecht: wordt het recht op redelijke aanpassingen voor werknemers met een 'beperking' niet al te zeer 'beperkt'?", *Soc.Kron.* 2012, 1-6.

⁸⁰ E. DEWHURST, "The Development of EU Case-Law on Discrimination in Employment: 'Will You Still Need Me? Will You Still Feed Me? When I'm Sixty Four'", *European Law Journal*, Vol. 19, No. 4.

post-brugpensioentijdperk, lijkt op struisvogelpolitiek. Men kan niet enerzijds pleiten voor een hogere arbeidsparticipatie van deze categorieën van werknemers en anderzijds hun ontslagkost steeds goedkoper maken. Als de overheid dit beleid effectief wil sturen, zal zij juridisch in de bestaande arbeidsovereenkomsten moeten inbreken en de beëindiging moeten afremmen.

Een arbeidsrecht dat probleemloos de uitstoting uit de arbeidsbetrekking accepteert, zonder oog te hebben voor het behoud van de arbeidsrelatie, gaat dan ook fundamenteel in tegen dit nieuwe paradigma van de sociale inclusie. We zien een eerste spanning reeds opduiken inzake het ontslag van werknemers met een handicap.⁸¹ Enerzijds benadrukt het Belgische ontslagrecht de ontslagmacht, anderzijds vereist de Europese wetgeving en de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de werkgever redelijke aanpassingen overweegt vooraleer ontslag te geven, precies met het oog op het behoud van de arbeidsbetrekking. Daarmee begeeft het Europese recht zich onvermijdelijk op het pad van het behoud van de arbeidsbetrekking. Een efficiënte rechtshandhaving van dit beginsel staat haaks op een restrictieve en voorspelbare vergoeding, waarbij de werkgever zijn rekening maakt en betaalt.

Wat meer Europa op dit vlak zou welkom zijn, nu de '*flexicurity*' als Europees begrip wat te veel nadruk heeft gelegd op *flexibility* en weinig op *security*.⁸² Europa zal na 'A' gezegd te hebben, vroeg of laat ook 'B' moeten zeggen. Het gaat immers niet op om enerzijds het ontslag steeds goedkoper te maken en anderzijds te stellen dat de uitstoot uit de arbeidsmarkt moet worden tegengewerkt. Zonder het noodzakelijke sociale, materieelrechtelijke vervolg blijven het Europese discriminatierecht en de Europese sociale grondrechten holle, moraliserende frasen die er niet in slagen om de gestelde ambities waar te maken.⁸³

⁸¹ D. CUYPERS en S. VAN DAMME, "Het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap. Bron van inspiratie voor het Unierecht en het Belgisch sociaal recht?", *TSR* 2014, 54-87.

⁸² W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 747 p.; W. VANDEPUTTE, "Arbeidsrecht tussen flexibiliteit en zekerheid. Existentiële vragen over het arbeidsrecht en de vastheid van betrekking in het licht van de flexizekerheid", *Soc.Kron.* 2010, 1-11.

⁸³ A. SOMEK, *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford, Oxford Press, 2011, 217 p.

UIT SYMPATHIE

Enkele beschouwingen over de oorbaarheid van de solidariteitsstaking naar Belgisch en Europees recht

Filip DORSSEMONT

Professor arbeidsrecht

Centre interdisciplinaire Droit, Entreprise et Société

Université Catholique de Louvain

Professeur invité

Université Saint-Louis de Bruxelles

I. MARC RIGAUX EN DE QUEESTE NAAR DE HEILIGE GRAAL

Op 19 september 1978 promoveerde Marc RIGAUX tot doctor in de rechten. De titel van zijn proefschrift luidde *Arbeidsverhoudingen en sociale aktie-Juridische analyse van de problematiek van werkstaking en bedrijfsbezetting*. In de commerciële editie van het proefschrift klonk het kernachtiger: *Staking en bezetting naar Belgisch recht*.¹ Met dit proefschrift verrichtte de auteur pionierswerk. Het proefschrift kwam tot stand in een tijdscharnier waarin noch de grondwetgever noch de wetgever op *uitdrukkelijke* wijze het bestaan van een recht te staken had erkend. Die vaststelling blijft overigens tot op heden overeind. Er was evenmin nog sprake van een expliciete repressie van de collectieve actie. Grondwetgever en wetgever hulden zich anno 1978 in een relatief mutisme. Onvermijdelijk diende de rechterlijke macht vroeg of laat de vraag te beslechten of werknemers een *recht* hadden om te staken. In het andersliggende geval bleef de staking onvermijdelijk een contractuele fout of een contractbreuk.²

¹ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 527 p.

² Voor een indrukwekkende rechtshistorische studie van dit debat onder rechtsgeleerden: I. VAN HIEL, "Staking en collectieve actie in de naoorlogse Belgische rechtspraak", *TSR* 2012/2, 151-179.

Die vraag werd in al zijn eenvoud overigens zelden gesteld. Verwonderlijk is dit niet. Het niet uitvoeren van een contractuele wanprestatie waartoe men zich uitdrukkelijk verbonden heeft, vormt vanuit een civielrechtelijk oogpunt immers geen 'recht'. Het gemene verbintenissenrecht diskwalificeert het niet uitvoeren van een contractuele verbintenis enkel als een fout indien een titularis van een contractuele verbintenis overmacht kan inroepen of zich op een *exceptio non adimpleti contractus* kan beroepen. De rechtvaardigingsgrond van de contractuele fout wordt daarbij in de economie van de individuele arbeidsverhouding gezocht. Ten gronde staat deze analyse los van een collectief-arbeidsrechtelijke benadering. Bij afwezigheid van een aantoonbare overmacht of een wanprestatie vanwege de werkgever werd enkel de vraag gesteld naar de sanctionering van die contractuele fout. In het beste geval werd een poging ondernomen de gevolgen van die fout op het vlak van de contractuele aansprakelijkheid te temperen.

Zoals RIGAUX in zijn proefschrift stelde, werd de radicale vraag naar de juridische grondslag van een recht te staken zelden geproblematiseerd.³ Evenmin kreeg het Hof van Cassatie vaak de gelegenheid om zich expliciet over die vraag uit te spreken. Het is de niet geringe verdienste van RIGAUX geweest dit debat aan de orde te hebben gesteld en ten gronde te hebben gevoerd. De belangrijkste en favoriete juridische grondslag die de auteur in zijn proefschrift naar voren schuift is de *vrijheid van vereniging*. Op verschillende plaatsen lijkt de auteur een lans te breken voor een verankering van het recht te staken in de vrijheid van (vak)vereniging.⁴ Drie internationaalrechtelijke instrumenten lijken die *nexus* tussen de vrijheid van vakvereniging en het recht te staken te ondersteunen. Ze worden door RIGAUX uitdrukkelijk genoemd.⁵ De auteur staat stil bij de structuur van artikel 8 van het IVESCR. Het eerste lid van dit artikel vangt aan met een erkenning van de vrijheid van vakvereniging. De erkenning van het recht te staken vormt de *coda*. De auteur leidt hier ietwat voluntaristisch⁶ uit af dat het recht te staken als een aspect van de vrijheid van vakvereniging wordt benaderd. Die benadering draagt de voorkeur weg van de auteur in vergelijking met de functionele onderschikking van het recht op collectieve actie aan de vrijheid van collectief overleg, waarvan artikel 6 ESH zou blijken geven. Men ontkomt immers niet aan de indruk dat de auteur vanuit een humanistische en liberale bewogenheid de gedachte bepleit dat het recht te staken primair een recht is van werknemers en dat er duidelijk grenzen zijn aan de mogelijkheid die vakbonden hebben om de uitoefening van dit recht door werknemers te bevoogden.

³ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 66.

⁴ Over deze verhouding, zie F. DORSEMONT, "Vrijheid van (vak)vereniging en stakingsrecht: een wezenlijke, maar niet exclusieve band" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 37-54.

⁵ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 86-90.

⁶ Ietwat voluntaristisch: de afwezigheid van een hoofding boven dit artikel en van een articulatie tussen de onderscheiden leden vormt mijns inziens een beletsel voor deze analyse. Ter vergelijking kan gewezen worden op de structuur van art. 6 ESH.

Een andere door Rigaux genoemde internationaalrechtelijke *good practice* betreft de *Rechtsfortbildung* waarvan het *Comité pour la liberté syndicale* heeft blijk gegeven.⁷ Dit toezichthoudende orgaan heeft immers in constante jurisprudentie het recht te staken ontwikkeld als een '*corollaire indissociable*' van de door de IAO-Conventie nr. 87 ontwikkelde vakverenigingsvrijheid. *Last but not least*, lijkt de auteur uit het arrest *Schmidt Dahlström*⁸ af te leiden dat het Hof uit artikel 11 EVRM het bestaan van een recht te staken zou afleiden.

Het is niet moeilijk om bijna veertig jaar na de verdediging van dit proefschrift op enkele zwakke punten in deze proeve te wijzen. Het siert de auteur overigens dat hij zelf *anno* 1978 heeft gewezen op de zwaktes van zijn eigen analyse. Hij erkent dat het IVESCR nog niet was geratificeerd.⁹ Eenzelfde opmerking is ook legitiem met betrekking tot het ESH. Dit handvest krijgt minder aandacht wegens de eerder genoemde onderschikking van het stakingsrecht aan de vrijheid van het collectief overleg. De auteur is zich eveneens bewust van het geringe soortelijke gewicht van de jurisprudentie van het Comité voor Syndicale Vrijheid. Hij wijst op de (theoretische) bevoegdheid van het Permanent Hof van Internationale Justitie om de IAO-verdragen te interpreteren en op het grotere gezag van de door het deskundigencomité verstrekte interpretaties.¹⁰ Een ernstiger punt van kritiek dat tegen de door RIGAUX ontwikkelde argumentatie kan worden ingebracht, lijkt me de mijns inziens te verregaande draagwijdte die hij aan het arrest *Schmidt Dahlström v. Zweden* toekent. In dit arrest erkent het Hof inderdaad dat de werkstaking een belangrijk middel is om de belangen van werknemers te verdedigen. In de lijn van vroegere rechtspraak van het Hof betekende dit dat het *a contrario* géén wezenlijk middel betrof. Het Hof meende om die reden niet te moeten onderzoeken of een beperking van het stakingsrecht de toets aan artikel 11, § 2 EVRM doorstond.

Het Hof van Cassatie heeft zich in zijn mijlpaalarrest¹¹ *Debruyne* (1981) niet laten inspireren door het proefschrift van Marc RIGAUX. Op zoek naar een verankering van het recht te staken zocht het Hof op aangeven van zijn advocaat-generaal heil in de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd (1948). Die wet komt in het proefschrift van RIGAUX niet aan bod in het kader van een grondslagenonderzoek, maar in het kader van een analyse van de wettelijke beperkingen aan de stakingsvrijheid.¹²

Bijna veertig jaar na datum lijkt ons de verankering van het recht te staken in de vrijheid van (vak)vereniging wel degelijk een uiterst relevante piste. Het vormt een alternatieve of liever complementaire weg ten aanzien van de tweede, door

⁷ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979.

⁸ EHRM 6 februari 1976, nr. 5589/72. Zie M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 89.

⁹ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 86.

¹⁰ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 88.

¹¹ Cass. 19 december 1981, RW 1981-82, 2531 e.v. Zie ook M. RIGAUX, "Omtrent de juridisch aard van de werkstaking", RW 1981-82, 2540-2550.

¹² M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 131-137.

RIGAUX als *second best* onderkende benadering waarin het recht te staken verankerd wordt in de vrijheid van het collectief overleg. Heden ten dage wint deze weg wel degelijk terrein. Een kwarteeuw na het verschijnen van het proefschrift vond een fluwelen revolutie plaats binnen de jurisprudentie van het Hof voor de Rechten van de Mens. In het arrest *Unison*¹³ boette het onderscheid tussen belangrijke en wezenlijke middelen ter verdediging van de belangen van werknemers aan belang in. Dit onderscheid markeerde immers niet meer de grens tussen modaliteiten die binnen dan wel buiten de toepassingsfeer van het EVRM vielen. Niettegenstaande het Hof aldaar in het geding zijnde beperkingen van het recht op collectieve actie als louter ‘belangrijke’ middelen kwalificeerde, stelde het dat beperkingen aan het recht te staken de toets van artikel 11, § 2 EVRM dienden te doorstaan. Het Hof lijkt in zijn latere rechtspraak te oscilleren tussen de kwalificatie van het recht te staken als een belangrijk middel en het recht te staken als een wezenlijk middel. In het arrest *Enerji Yapi Yol Sen t. Turkije*¹⁴ werd het recht te staken door het Hof zelf in navolging van het *Freedom of Association Committee* geduid als een ‘*corollaire indissociable*’ van de vakverenigingsvrijheid. Daarmee zette het Hof mijns inziens de deur op een kier om het recht te staken te erkennen als een ‘*essential means for the protection of the interests of workers*’. Deze middelen worden onderscheiden van middelen die louter belangrijk zijn. Overigens ontsnappen beperkingen van louter belangrijke middelen evenmin aan de rechterlijke toets van artikel 11, § 2 EVRM. In het arrest *RMT v UK*¹⁵ weigerde het Hof zich uit te laten over de vraag of het recht te staken een wezenlijk dan wel een belangrijk middel betrof. Die weigering was uitdrukkelijk. Bovendien zette het Hof zich af tegen het betoog van de klager dat de passage in het arrest *Enerji Yapi Yol Sen* op impliciete wijze een erkenning van het stakingsrecht als essentieel middel betrof. De deur werd evenwel niet dichtgegooid. In de recentere Kroatische zaak *Hrvatski liječnički sindikat v. Croatia*¹⁶ kwalificeert het Hof het recht te staken voor het eerst als “*the most powerful means to protect occupational interests*”. Die kwalificatie heeft duidelijk een impact op de toepassing van de proportionaliteitstoets. Concreter stelt zij een temporele grens aan de duurtijd van bepaalde beperkingen. De vraag rijst of die kwalificatie impliceert dat het recht te staken voortaan wel degelijk als een *essential means* moet worden gekwalificeerd. In een *concurring opinion* gaat rechter PINTO DE ALBUQUERQUE uitdrukkelijk in op deze kwestie. Hij past daarbij de canon van intertekstuele interpretatie toe die de Grand Chamber in *Demir and Baykara* had vooropgesteld en die in *RMT t. UK* werd bevestigd. Rechter PINTO DE ALBUQUERQUE oordeelt onomwonden op basis van een analyse van de erkenning van het recht te staken in het ESH en in

¹³ EHRM 10 januari 2002, nr. 53574/99.

¹⁴ EHRM 21 april 2009, nr. 68959/01, *European Human Rights Cases (hierna aangeduid als EHRC)* 2009/10, noot F. DORSSEMONT.

¹⁵ EHRM 8 april 2014, *EHRC* 2014/168, noot F. DORSSEMONT.

¹⁶ F. DORSSEMONT, noot onder EHRM 27 november 2014, nr. 36701/09 (*Hrvatski liječnički sindikat v. Croatia*), *EHRC* 2015/3 159-162.

de ‘jurisprudentie’ van de toezichthoudende organen van de IAO dat het recht te staken als een *essential means* moet worden gekwalificeerd. Het behoort volgens hem zelfs tot de kern van de kern (*the core of the core*). PINTO DE ALBUQUERQUE zet zich af tegen een foutieve duiding van het arrest *Enerjy Yapy Yol Sen t. Turkije* door Britse rechters die weigerden in dit arrest een erkenning van het recht te staken als *essential means* te zien. Impliciet zet de rechter zich daarbij eigenlijk af tegen de interpretatie van dit arrest die het Hof in *RMT tegen VK* huldigde. ‘*Most powerful*’ betekent in die optiek wel degelijk ‘*essential*’. Het gaat over de essentie van de essentie.

De door RIGAUX¹⁷ in een moment van intellectuele eerlijkheid geformuleerde opmerking dat het Expertencomité van de IAO anno 1978 zich nog niet had bekend tot de door het *Comité pour la liberté syndicaal* gemaakte *Rechtsfortbildung* vergt heden actualisering. In 1983 erkende het CEACR voor het eerst dat het recht te staken een wezenlijk middel was voor werknemers om hun economische en sociale belangen te bevorderen.¹⁸

II. DE PUPIL OP ZOEK NAAR EEN FACET

Het is niet mogelijk om in de context van deze bijdrage in te gaan op *alle* aspecten van het stakingsrecht die door de auteur in zijn geschriften werden geanalyseerd. Aanvankelijk daagde het idee om een onderzoek te wijden aan de problematiek van de sociale vredesclausules in het licht van het Europees Sociaal Handvest. RIGAUX heeft in een belangrijke studie immers op overtuigende wijze betoogd dat de these van het bestaan van een stilzwijgende of impliciete sociale vredesplicht betwistbaar was.¹⁹ Die benadering sluit mooi aan bij de zorg om de individuele werknemer als titularis van het recht te staken te benaderen.

Het Europees Comité voor Sociale Rechten heeft in een tijdscharnier ernstige vragen gesteld bij de verenigbaarheid van dergelijke these met het Europees Sociaal Handvest alvorens een mijns inziens jammerlijke U-bocht in te zetten.²⁰ De titel van een bijdrage “Rust in sociale vrede” spookte al door het ondeugende hoofd van de onverbeterlijke gewezen promovendus, toen twee arresten over

¹⁷ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 89.

¹⁸ T. NOVITZ, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford, Oxford Press, 2003, 200.

¹⁹ Zie M. RIGAUX, “De vredesplicht als wezenlijke of obligatoire bepaling: fictie of realiteit” in M. RIGAUX, *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 3, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 61-79.

²⁰ Zie L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 31-32; F. DORSSEMONT, “La (non) conformité du droit belge relatif à l’action collective par rapport à la Charte sociale européenne” in X, *Actualités du dialogue social et du droit de grève*, Waterloo, Kluwer, 2009, 192-194, S. EVJU, “The Right to Collective Action under the European Social Charter”, *European Labour Law Journal* 2011/3, 205-209.

solidariteitsstakingen een mooie aanleiding vormden om aan de solidariteitsstaking enige beschouwingen te wijden. Nu dergelijke stakingen ook weleens sympathiestakingen worden genoemd, leek dit onderwerp me uitstekend geschikt voor een bijdrage in dit boek gewijd aan een persoon die mij steeds zeer veel tijd, ruimte en vrijheid heeft geboden om (bij hem) te promoveren. Niettegenstaande een gewezen assistente, die een dergelijk collectief werk bij wijze van vergissing een *liber amoricum* (i.e. minnaarsboek) noemde, allicht ietwat overdreef, is een dergelijke intellectualistische uitdrukking van warme sympathie wel degelijk op zijn plaats. Het was voor mij immers een voorrecht om een proefschrift te schrijven over een bij uitstek collectief-arbeidsrechtelijk thema onder de supervisie van een auteur die een pionier is van de rechtswetenschappelijke studie van het Belgische collectief arbeidsrecht. Vele van zijn bijdragen verdienen het label van *seminal contributions*. Zij hebben de bakens niet verzet, maar eenvoudig gezet. RIGAUX was in zoverre niet enkel een *directeur de thèse* maar ook een *promoteur* van *promovendi*, in de mate dat hij zijn *promovendi(ae)* actief betrokken in zijn academisch netwerk dat de grenzen van de Campus Drie Eiken (*sic*) te Wilrijk oversteepte. Dit was voor mij steeds een verademing, onverminderd de luchtkwaliteit van de dampende velden waar de campus eertijds gevestigd was.

III. DE SOLIDARITEITSSTAKING, PROEVE VAN DEFINITIE

Het is mijns inziens geen eenvoudige zaak om een definitie te geven van de solidariteitsstaking. Het begrip solidariteitsstaking wordt veelal gekaderd in een proeve van een teleologische classificatie van werkstakingen. Stakingen kunnen worden ingedeeld naar hun doelstelling. Collectieve acties zijn immers actiemiddelen die gericht zijn op het afdwingen van een eis via het uitoefenen van druk. Zelden waren dergelijke pogingen om stakingen te classificeren naar hun doelstellingen volmaakt onschuldig. Sommige auteurs die zich in het verleden met dergelijke teleologische classificatie onledig hielden, verdedigden het bestaan van teleologische beperkingen. Bepaalde stakingen konden worden verboden in functie van de overweging dat ze geen professionele doelstelling nastreefden.²¹ RIGAUX haalt in zijn proefschrift de door SUETENS uitgewerkte indeling van professionele solidariteitsstakingen en politieke stakingen aan. In dit proefschrift oordeelde deze auteur reeds dat de politieke staking (die werd gedefinieerd in functie van de identiteit van de adressaat en niet in functie van de aard van de opeisingen) per se

²¹ Zie vooral J. PIRON en P. DENIS, *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, Larcier, Brussel, 1970, 111-112. Voor een kritiek op deze benadering: L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en Belgique*, Brussel, Bruylant, 1980, 106-110 en recenter: M. RIGAUX en J. PEETERS, "De werkstaking in het Belgische arbeidsrecht" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 61-63.

onrechtmatig was.²² Dergelijk hard oordeel over de solidariteitsstaking bleef nog even uit. In een latere bijdrage die in 1968 in het *Tijdschrift voor Privaatrecht* werd gepubliceerd, diende ook de solidariteitsstaking het te ontgelden.²³

SUETENS definieerde de sympathie- of solidariteitsstaking als een staking die “tot doel heeft de eisen van andere stakers te steunen en aldus bij te dragen tot hun sukses”.²⁴ Hij geeft zelf te kennen dat de solidariteitsstaking niet uit louter altruïsme wordt gevoerd in de mate dat ze vaak ook “onrechtstreeks voordeel” brengt voor de werknemers die solidariteit betonen. SUETENS’ definitie is om twee redenen voor kritiek vatbaar. Anders gezegd, enkel de spelling van de definitie lijkt ons progressief. Vooreerst geeft SUETENS zelf te kennen dat de beweegredenen van de solidariteitsstaking sociaal of sociaaleconomisch zijn.²⁵ Daardoor vervaagt eigenlijk het onderscheid met de in functie van die beweegredenen gedefinieerde professionele staking. Verder gaat SUETENS’ definitie uit van een *plerumque fit*. Hij veronderstelt dat de werknemers met wie men solidair wil zijn, de mogelijkheid hebben om zelf naar het stakingswapen te grijpen en dat ook hebben gedaan. In de optiek van SUETENS is een solidariteitsstaking per se een secundaire actie, die op een primaire actie volgt. Het komt me voor dat die veronderstelling onjuist is. De wederwaardigheden die aanleiding gaven tot het beroemde arrest *Laval*, tonen dit aan. *In casu* diende het Hof de rechtmatigheid te toetsen van een boycot die Zweedse vakbonden voerden tegen een bouwsite ten einde op een Letse onderaannemer druk uit te oefenen om de in Zweden gangbare loon- en arbeidsvoorwaarden toe te passen op zijn gedetacheerde werknemers. Een ander voorbeeld betreft de praktijk van de International Transport Workers Federation om schepen die onder een zogeheten *flag of convenience* voeren te boycotten. Indien de CAO die op de matrozen van dergelijke schepen wordt toegepast, niet die is welke geldt in het land waar de reder is gevestigd, zullen dokwerkers weigeren dergelijk schip te laden en te lossen. In de regel zullen de matrozen van die schepen zelf niet voor betere arbeidsvoorwaarden staken. Dat het hier om een solidariteitsstaking gaat, doet daar geen afbreuk aan. PIRON en DENIS betoogden in hun handboek *Le droit des relations collectives du travail en Belgique* (1970) dat de (externe) solidariteitsstaking die gevoerd wordt uit solidariteit met het lot van werknemers buiten de onderneming onrechtmatig zou zijn. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst en schadevergoeding wenkt dan. Dit standpunt, dat dateert van voor de erkenning van het recht te staken, maar dat reeds in zijn tijd werd bekritiseerd, vond na het arrest *Debruyne* heden nog gretig navolging in enkele door advocaten geschreven bijdragen.²⁶

²² L.P. SUETENS, *De werkstaking in het publiekrecht van de landen der Europese gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 1963, 32 en 231.

²³ Zie L.P. SUETENS, “Het recht, de rechter en de werkstaking”, *TPR* 1968, 1 e.v.

²⁴ L.P. SUETENS, *De werkstaking in het publiekrecht van de landen der Europese gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 1963, 32.

²⁵ L.P. SUETENS, *De werkstaking in het publiekrecht van de landen der Europese gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 1963, 32.

²⁶ Zie de referenties in de voetnoten 116 en 117.

IV. KNELPUNTEN VAN DE SOLIDARITEITSSTAKING

De solidariteitsstaking is niet geheel onomstreden. Daar waar werknemers sympathie betonen voor collega-werknemers, kan ook de bestaakte werkgever hier op sympathie rekenen. Betoogd wordt immers dat de bestaakte werkgever vreemd is aan het collectief conflict. In de mate waarin de opeisingen gericht zijn tot een andere werkgever, wordt hij voorgesteld als een derde in het conflict. De bestaakte werkgever kan immers zelf niets doen om het conflict te beëindigen. Hij is geen gesprekspartner. Voor wie geen enkele gêne heeft om juridische begrippen uit het strafrecht te transplanteren naar een zuiver collectiefarbeidsrechtelijke context en voor wie van populisme een levenskunst maakt, luidt het dat de bestaakte werknemer gegijzeld wordt. In dit opzicht bestaat er een zekere analogie met de werkgever die bestaakt wordt, niettegenstaande bepaalde opeisingen gericht zijn tot de overheid. Slechts in uitzonderlijke situaties, is dan sprake van een politieke staking. Veelal zal de eisenbundel van de vakbonden en de werknemers immers professioneel of sociaal-economisch zijn. Voor de splitsing van Brussel-Halle-Vilvoorde werd bij mijn weten nooit gestaakt. Indien de contractuele werkgever niet overeenstemt met de economische werkgever of met de rechtspersoon die als de ondernemer kan worden geduid, hebben werknemers in wezen geen andere mogelijkheid dan een werkgever te bestaken die niet de partij is in het belangenconflict. Anders oordelen leidt ertoe dat de economische werkgever zich van juridische structuren kan bedienen om werknemers hun recht te staken te ontzeggen. Het lijkt me dan ook zinvoller om door juridische structuren heen te kijken.

V. DE RECHTSPOSITIE VAN DE SOLIDARITEITS- STAKING NAAR BELGISCH RECHT

In België werd het recht te staken erkend in het hoger aangehaalde arrest *De Bruyne* (1981) van het Hof van Cassatie.

Gepubliceerde Belgische rechtspraak over sympathie of solidariteitsstakingen voorafgaand of volgend op dit mijlpaalarrest is evenwel uiterst schaars. De inzet van de discussie over de rechtspositie van de solidariteitsstaking ging in een tijdscharnier dat aan de erkenning van het stakingsrecht voorafging, *nooit* over de vraag of een staking een contractuele fout uitmaakt. Maatgevend was de vraag hoe zwaar die fout moest worden gesanctioneerd. Concreet rees in het verleden vooral de vraag of de solidariteitsstaking een uitdrukking vormde van de wil van de werknemers de arbeidsovereenkomst te beëindigen, dan wel een dringende reden was voor ontslag op staande voet, of een fout betrof die aanleiding kon geven tot schadevergoeding.

RIGAUX²⁷ haalt in zijn proefschrift (1978) een arrest aan van de *Conseil des Prud'hommes* van Luik van 23 februari 1963.²⁸ Het betreft een atypische solidariteitsstaking. *In casu* diende de Raad zich uit te spreken over de geldigheid van een patronale retorsiemaatregel naar aanleiding van een *interne* solidariteitsstaking. Werknemers eisten de re-integratie van enkele werknemers die aan de staking tegen de Belgische Eenheidswet hadden deelgenomen. De werkgever had ingeroepen dat de solidaire werknemers daardoor impliciet de wil hadden tot uitdrukking gebracht de arbeidsverhouding te beëindigen. In dit arrest maakt de Raad onder het voorzitterschap van de Belgische rechtsgeleerde HORION korte metten met de patronale interpretatie van deze solidariteitsstaking. Uitgerekend voor een solidariteitsstaking leek immers de redenering dat deelname aan een staking kon worden geïnterpreteerd als een stilzwijgende wilsuiting de arbeids-overeenkomst te beëindigen onhoudbaar. Immers, de werknemers eisten geenszins een wijziging van de op hen van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden. Een gevolg van deze redenering was dat uitgerekend de solidariteitsstaking beter beschermd leek dan de klassieke professionele staking. ROOD liet om die reden niet na de redenering van Horion als merkwaardig te kwalificeren.²⁹

Diezelfde redenering gaat eveneens op voor externe solidariteitsstakingen en eveneens voor de tot de overheid gerichte staking. Het Belgische Hof van Cassatie zou dit schema in haar mijlpaalarrest van 23 november 1967 overnemen in geval van een tot de overheid gerichte staking.³⁰

Het cassatiearrest van 21 december 1981 veranderde de inzet van de discussie radicaal. Het Hof van Cassatie besloot immers tot het bestaan van een recht om de contractueel bedongen arbeid wegens staking niet uit te voeren. De vraag rees of die erkenning uitzondering zou lijden in het geval van een solidariteitsstaking. Het arrest van het Hof gaat niet in op deze vraag. Verwonderlijk is dit niet, nu de staking *in casu* een 'professionele staking' betrof. In zijn conclusie schonk advocaat-generaal LENAERTS wel klare wijn.³¹ Aangezien de onwaarschijnlijke grondslag van het stakingsrecht te vinden was in de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd, was voor de advocaat-generaal slechts de definitie van de staking in deze wet relevant. De wetgever verwijst naar dit fenomeen als de "collectieve en vrijwillige stopzetting van de arbeid". Niets in de wet laat dan ook volgens de advocaat-generaal toe om de principiële erkenning van het recht te staken te beperken in functie van deze of gene doelstelling van de staking. Advocaat-generaal LENAERTS meent dan ook dat alle vormen van staking in de door de wetgever gegeven definitie principieel erkend zijn. Hij stelt dat al die stakingen op dezelfde voet geplaatst worden. Een werknemer heeft volgens de advocaat-generaal het recht om aan "om het even welke staking deel te nemen".

²⁷ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht* Antwerpen, Kluwer, 1979, 399.

²⁸ Werkrechtensraad Beroep, 23 februari 1963, TSR 1963, 129.

²⁹ M. ROOD, *Naar een stakingswet*, Deventer, Kluwer, 1978, 21.

³⁰ Cass. 23 november 1967, TSR 1967, 351.

³¹ Concl. Adv. Gen. LENAERTS bij Cass. 19 december 1981, RW 1981-82, 2527-2531.

Hij noemt bij wijze van illustratie de politieke en de in zijn ogen ‘wilde’ (lees: *spontane*) staking. Er is geen enkele reden waarom die brede erkenning niet eveneens betrekking zou hebben op de solidariteitsstaking.

De meeste vonnissen of arresten die in de Belgische doctrine met het vraagstuk van de solidariteitsstaking worden geassocieerd, hebben in werkelijkheid betrekking op het aan de Franse doctrine ontleende onderscheid tussen de interne en de externe ‘solidariteit’. Dit geldt ook voor de enige gepubliceerde affaire die op het mijlpaalarrest van 1981 volgde. In een arrest van 16 september 1987 boog het arbeidshof van Luik zich over de rechtmatigheid van een ontslag om dringende reden van een werknemer van een van de maatschappijen van de groep Cockerill.³² De man werd ontslagen omdat hij als werknemer van een dochtermaatschappij actief had deelgenomen aan een collectieve actie die gericht was tegen de moedermaatschappij. Het betoog van de werkgever dat dergelijke solidariteitsstaking van een werknemer met het lot van de werknemers van een andere maatschappij een verboden “externe solidariteitsstaking” betrof, trof geenszins doel. Het Hof oordeelde dat de nauwe verwevenheid tussen de verschillende onderdelen van de groep en het door de moeder gevoerde beleid (dat het gevolg was van een regeringsbeleid ten aanzien van de zeltogende staalindustrie) alle werknemers van die groep trof. Het Hof verzette zich tegen de diskwalificatie van deze staking als een professionele staking. Het is erg gevaarlijk om in navolging van enkele Belgische advocaten uit dit arrest *a contrario* af te leiden dat zuivere externe solidariteitsstakingen om die reden onwettig zouden zijn.³³ Deze vraag diende immers door het arbeidshof niet te worden beslecht. Recent werd dit standpunt zonder verdere onderbouwing herhaald, door alweer twee Belgische advocaten.³⁴ Een analyse van de Belgische rechtspraak leidt dan ook slechts tot de conclusie dat de rechtmatigheid van stakingen die uit *externe* solidariteit werden gevoerd tot op heden niet ter beoordeling werden voorgelegd. Het is evenwel niet vermetel om aan te nemen dat dergelijke stakingen in het licht van de conclusie van advocaat-generaal LENAERTS principieel als de uitoefening van het naar Belgisch recht erkende recht te staken moeten worden beschouwd.

³² Arbh. Luik 16 september 1987, *Soc.Kron.* 1988, 162 (het betreft het beroep tegen Arbbr. Luik 11 februari 1986, *Soc.Kron.* 1986, 176. Zie ook P. HUMBLET, “Belgian Labour report” in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (ed.), *Cross-border Collective Actions in Europe: A legal challenge*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 100).

³³ C. WILLEMS et F. LAGASSE, “Reflexions sur la grève de solidarité”, *JTT* 1988 153-155.

³⁴ F. SAELENS en S. MARQUANT, “Stakingen en stakingspiketten, een stand van zaken”, *Or.* 2008, 133.

VI. DE SOLIDARITEITSSTAKING (BETER) VERANKERD IN HET UNIERECHT, HET ESH, HET EVRM

A. DE WET PRESTATIES ALGEMEEN BELANG IN VREDESTIJD, EEN ZWAKKE BASIS

De Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd is niet de meest overtuigende grondslag voor het recht te staken. Wijlen Micheline JAMOULLE wees er terecht op dat deze wet een administratiefrechtelijke verhouding tussen de overheid enerzijds en de werkgever en werknemers anderzijds reguleert.³⁵ Het is niet evident dat werknemers hieraan een recht zouden kunnen ontleen dat ze tegen een medecontractant kunnen inroepen. Deze juridische grondslag heeft wel als voordeel dat zij toelaat om *elke* collectieve actie die als een collectieve en vrijwillige stopzetting van de contractueel bedongen arbeid kan worden gekwalificeerd te erkennen, wars van haar doelstelling. Dit was de intieme overtuiging van advocaat-generaal LENAERTS. Tussen de regels van zijn conclusie leest men een ontgoocheling over wat hij de inertie van de wetgever noemde. In zijn commentaar bij dit arrest en de conclusie gaf RIGAUX te kennen geen deelgenoot van dat sentiment te kunnen zijn.³⁶

De vraag rijst evenwel of er anno 2015 geen solidere juridische grondslag te bedenken is voor de erkenning van de solidariteitsstaking. We beperken ons in dit verband tot twee rechtsordes. Er wordt gekeken naar de Europese Unie en de Raad van Europa. Voor de Raad van Europa wordt zowel het EVRM als het ESH beschouwd. Voor de EU kijken we naar de algemene beginselen die door het Hof van Justitie werden ontwikkeld. Zoals hoger gemeld liggen twee arresten die licht werpen op de interpretatie van respectievelijk artikel 6 ESH en artikel 11 EVRM aan de basis van de keuze van het onderwerp van deze bijdrage. Op 31 oktober 2014 sprak de Hoge Raad zich uit over de voorziening in cassatie die FNV Bondgenoten en de vakvereniging Het Zwarte Korps inleidden tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.³⁷ Het Hof vernietigde het vonnis in kort geding van de rechtbank Utrecht. Het oordeelde dat de door beide bonden uit solidariteit met de werknemers van Rietlanden georganiseerde besmetverklaring van het schip *Evgenia*, dat door Enerco diende te worden gelicht, *niet* onder artikel 6 ESH viel. Het arrest van de Hoge Raad werpt nieuw licht op de principiële voorvraag of uit solidariteit gevoerde collectieve acties onder artikel 6, § 4 ESH vallen. De Hoge Raad geeft eveneens enige duiding bij de vraag in welke mate

³⁵ M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail*, Luik, ed. Collections scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, 1994, 256 en M. JAMOULLE, "Le droit de grève en Belgique : évolutions et perspectives", *Soc.Kron.* 2003, 369.

³⁶ M. RIGAUX, "Omtrent de juridische aard van de werkstaking", *RW* 1981-82, 2550.

³⁷ Hoge Raad, 31 oktober 2014, *JAR* 2014/298, noot E.M. HOOGVEEN. Voor een bespreking, zie ook F.M. DEKKER in *ARupdates* 2014/0914.

economische schade aan een werkgever die buiten het collectief arbeidsconflict staat een grond kan opleveren om het recht om uit solidariteit collectieve actie te voeren te begrenzen.

Nagenoeg acht maanden eerder diende het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich uit te spreken over de vraag of de Britse wettelijke bepalingen die solidariteitsstakingen (*secondary actions*) verboden een aantasting inhielden van de door artikel 11 EVRM gewaarborgde vrijheid van vakvereniging. De Britse vakbond RMT (*National Union of Rail, Maritime and Transport Workers*) beweerde dat die bepalingen haar verhinderden de belangen te verdedigen van een aantal leden die naar de overnemer Hydrex waren overgedragen. Een staking (de *primary action*) van deze overgedragen werknemers tegen de overnemer bleek niet succesvol te zijn. RMT beweerde dat een solidariteitsstaking het verschil zou hebben gemaakt. Het RMT-arrest³⁸ werpt licht op de vraag of solidariteitsstakingen binnen artikel 11 EVRM vallen en in welke mate de onmogelijkheid van RMT om dergelijke solidariteitsstaking *in casu* te voeren een legitieme beperking vormde van de vakverenigingsvrijheid.

De keuze om ook de Europese Unie in dit onderzoek te betrekken kan verrassen. Ook hier bood rechtspraak de inspiratie. Hoe onwaarschijnlijk ook, willen we ons buigen over de vermaledijde arresten *Viking* en *Laval*.³⁹

Deze drie perspectieven strekken ertoe de gedachte de wereld uit te helpen dat solidariteitsstakingen naar Belgisch recht enkel aanvaardbaar zijn wegens de “inertie van de wetgever”. Overigens ken ik slechts twee ‘wetgevers’ die het probleem van de solidariteitsstaking hebben aangepakt. Beiden waren van verdacht allooi, de ene al meer dan de andere. Kortom, leve de *inertia* van de Belgische wetgever!

Het bekendste voorbeeld van een wettelijke rechtspositie betreft het Verenigd Koninkrijk. Twee bepalingen in de TULCRA zijn elk op zich voldoende om de principiële immuniteit die vakbonden genieten die een ordewoord voor een solidariteitsstaking geven teniet te doen. Die wettelijke bepalingen waren de inzet van het RMT-arrest. Minder bekend is allicht het ‘voorbeeld’ van de Italiaanse wetgever. In Italië maakt de rechtspositie van de solidariteitsstaking eveneens het voorwerp uit van een wettelijke regeling. In tegenstelling tot het Verenigd Koninkrijk betreft het evenwel een strafrechtelijke wet. Voor een juist begrip dienen deze strafrechtelijke bepalingen historisch te worden gekaderd en geïnterpreteerd in het licht van de naoorlogse jurisprudentie van het Italiaanse Grondwettelijk Hof.

In 1926, kort na de machtsovername door Benito Mussolini, ging het Italiaanse arbeidsrecht op de schop. Er werd afgestapt van een louter privaatrechtelijke benadering ten faveure van een op een meer publiekrechtelijke leest geschoeid *diritto corporativo*.⁴⁰ Deze omvattende wettelijke regulering wordt in de Italiaanse

³⁸ EHRM 8 april 2014, EHRC 2014/168, noot F. DORSSEMONT.

³⁹ HvJ 11 december 2007, C-438/05, *Viking* en HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*.

⁴⁰ Voor een contemporaine en weinig kritische beschrijving: O. FANTINI, *Legislazione corporativa del lavoro*, Milano, DFV, 1938, 498 p.; en F. PERGOLES, *Istitutioni di diritto corporativo*

naoorlogse doctrine aangeduid met de term ‘*leggi fascistissime*’. Vanuit de al dan niet betwistbare en al dan niet geveinsde overtuiging dat stakingen niet enkel louter private schade genereerde maar het staatshuishouden bedreigden, werd een titel in de *Codice Penale* ingelast die misdrijven tegen het staatshuishouden, de industrie en de handel beteugelden. Artikel 505⁴¹ van de *Codice Penale* bepaalt dat de in artikel 502 van het Italiaanse strafwetboek beteelde collectieve acties (stakingen en atypische uitvoering van de contractueel bedongen arbeid) ook strafbaar zijn, indien die acties worden gesteld vanuit een solidariteit met andere werknemers. Dit artikel beantwoordde aan een legistische noodzaak omdat artikel 502 van het Strafrechtelijk Wetboek de staking enkel strafbaar stelde vanuit een daarvan onderscheiden strafrechtelijk opzet. Artikel 502 beteugelt immers slechts stakingen door minimaal drie werknemers die beogen de arbeidsvoorwaarden met de contractuele werkgever te wijzigen.⁴²

Deze strafrechtelijke beteugeling was in alle opzichten reactionair. Het betekkende immers een terugkeer naar een negentiende-eeuwse strafrechtelijke benadering van collectieve acties die in 1889 werd verlaten. De formele erkenning in de Italiaanse Grondwet (1948) van het recht te staken was geen onmiddellijke aanleiding voor de Italiaanse wetgever om deze bepalingen op te heffen. Daardoor belandde de vraag naar de grondwettigheid van deze bepalingen op het bord van het Italiaanse Grondwettelijk Hof.⁴³ Niettegenstaande het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 29 van 4 mei 1960 besloot dat artikel 502 strijdig was met de Italiaanse Grondwet, werd met de grondwettigheid van artikel 505 een andere weg bewandeld. Er werd geopteerd voor een grondwetsconforme interpretatie. Het Hof besloot in arrest nr. 123 van 28 december 1962 dat het strafrechtelijk verbod van de solidariteitsstaking geen betrekking had op secundaire acties ter ondersteuning van primaire acties, indien er tussen de werknemers die hun solidariteit betoonden en de belangen van de werknemers die de primaire actie voerden een affiniteit bestond. Het volstond verder aan te tonen dat er een *risico* bestond dat

1934, Torino, Unione tipografico-Editrice torinese, 580 p. Voor een naoorlogse kritische duiding: G. GHEZZI en U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, Zanichelli, 1997, 6-12.

⁴¹ Art. 505 – Serrata o sciopero a scopo di solidarietà o di protesta: “*Il datore di lavoro o i lavoratori, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commettono uno dei fatti preveduti dall’articolo 502 soltanto per solidarietà con altri datori di lavoro o con altri lavoratori ovvero soltanto per protesta, soggiacciono alle pene ivi stabilite.*”

⁴² “*I lavoratori addetti a stabilimenti, aziende o uffici, che, in numero di tre o più, abbandonano collettivamente il lavoro, ovvero lo prestano in modo da turbarne la continuità o la regolarità a col solo scopo di imporre ai datori di lavoro patti diversi da quelli stabiliti, ovvero di opporsi a modificazioni di tali patti o, comunque, di ottenere o impedire una diversa applicazione dei patti o usi esistenti, sono puniti con la multa fino a euro 103.*”

⁴³ Voor een analyse: B. CARUSO en A. ALAIMO, *Diritto sindacale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 280-282, R. DEL PUNTA, “Lo sciopero” in F. CARINCI, *Il lavoro subordinato. T. 1. Il diritto sindacale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, 418-422, G. GHEZZI en U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, Zanichelli, 1997, 6-12; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci editore, 2006, 239-243.

De hier aangehaalde arresten zijn gratis consulteerbaar via de volgende website: www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do.

de primaire actie zonder ondersteuning van de secundaire actie vruchteloos zou blijken te zijn. Een dergelijk bewijs valt mijns inziens lichter uit dan het bewijs dat de secundaire actie noodzakelijk of adequaat was om de eisen van de werknemers in de primaire actie af te dwingen. Finaal diende de rechter ten gronde te oordelen over het bestaan van die gemeenschappelijke belangen tussen werknemers van verschillende werkgevers.

B. VIKING EN LAVAL, EEN VERGIFTIGD GESCHENK IS OOK EEN GESCHENK

In de arresten *Viking* en *Laval* stonden telkenmale uit solidariteit gevoerde collectieve acties centraal. De feiten in beide casusposities zijn genoegzaam bekend. Beide arresten behoren in bepaalde arbeidsrechtelijke kringen tot de meest commentarierende en vermaledijde die het Hof van Justitie tot op heden produceerde. In *Viking* vaardigde het ITF een circulaire uit om haar leden op te roepen géén CAO te sluiten met de reder van de Rosella. Slechts de Finse vakbond werd toegelaten dit te doen, nu de Rosella vanuit Finland werd gecontroleerd. Het sluiten van andere CAO's die de uitvlagging van het schip onder een *flag of convenience* zouden faciliteren moest worden vermeden. In essentie betreft het hier een uiterst beschaafde uitoefening op Europees niveau van de negatieve collectieve autonomie. In *Laval* werd een bouwsite geboycot, omdat een buitenlandse dienstverlener weigerde de in de Zweedse bouwsector gangbare loon- en arbeidsvoorwaarden toe te passen. De boycot hield in dat Zweedse werknemers weigerden mee te werken aan het bevoorraden van deze site. De boycot was een succes. De aannemer die de aanbesteding had binnengehaald voor de bouw van de school ging failliet.

In beide arresten ging het Hof over tot de erkenning van het recht op collectieve actie als een algemeen beginsel van EU-recht. Maatgevend is de volgende paragraaf die in beide arresten opduikt⁴⁴:

“À cet égard, il convient de relever que le droit de mener une action collective est reconnu tant par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, d’ailleurs expressément mentionnée à l’article 136 CE, et la convention n° 87 de l’Organisation internationale du travail, du 9 juillet 1948, concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, que par des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l’Union européenne, tels que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, également mentionnée à l’article 136 CE, et la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1).”

⁴⁴ Zie § 43 in het arrest *Viking* en § 103 in het arrest *Laval*.

Om die reden ging het Hof over tot de erkenning van een recht op collectieve actie als een

“droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect”.

De rest van het arrest is geschiedenis, inzonderheid één met een slechte afloop. Wel mag het opmerkelijk genoemd worden dat het Hof van Justitie op impliciete maar zekere wijze twee uit solidariteit gevoerde collectieve acties, die niet eens als klassieke stakingsacties konden gelden, binnen de reikwijdte van dit algemeen beginsel doet vallen. Immers, in de rechtsvinding van ‘algemene rechtsbeginselen’ wordt normalerwijze ook aandacht besteed aan convergerende grondwettelijke tradities. Uitgerekend de rechtspositie van uit solidariteit gevoerde collectieve acties in de interne rechtsordes is uiterst verscheiden. Evenmin kan worden gesteld dat het anno 2007 een uitgemaakte zaak was dat artikel 11 EVRM de erkenning inhield van het recht om uit solidariteit actie te voeren. Het Hof verwijst in tegenstelling tot de conclusie van AG MENGOTZI niet naar het EVRM. Dezelfde vaststelling geldt ook voor de draagwijdte van artikel 6 ESH. Het ECSR had nooit op ondubbelzinnige wijze erkend dat de uit solidariteit gevoerde collectieve acties onder artikel 6 ESH vielen. De intieme *nexus* tussen het gebruik van de collectieve actie en een processus van collectief overleg in beide zaken maakt het nochtans aannemelijk dat de collectieve actie dienstbaar was om het recht op collectief overleg te vrijwaren.

De erkenning van een dergelijk breed opgevat recht op collectieve actie als algemeen rechtsbeginsel dwingt evenwel de lidstaten *geenszins* om hun interne rechtsorde te conformeren aan dergelijke erkenning. Die vaststelling blijft overeind na het in werking treden van het Verdrag van Lissabon waardoor artikel 28 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dezelfde rechtskracht heeft als het primaire recht.

Relevanter lijkt het om zijn heil te zoeken in de rechtspraak van het Hof voor de Rechten van de Mens. Het arrest *RMT v UK* verplicht de staten die het EVRM hebben geratificeerd om de solidariteitsstaking in beginsel te erkennen.

C. *RMT v UK*: SOLIDARITEITSSTAKING EN ARTIKEL 11 EVRM

De vraag of uit solidariteit gevoerde collectieve acties onder artikel 11 EVRM vallen, kwam recent geleden aan bod in het kader van een verzoekschrift van de Britse vakbond RMT tegen het Verenigd Koninkrijk.

Het feitencomplex heeft betrekking op een primaire staking die uitbrak na een overgang (augustus 2007) van een deel van een onderneming binnen de groep Jarvis Plc. De overgedragen werknemers werden in maart 2009 op de hoogte

gebracht van het feit dat de overnemer de voorheen bij de overdrager geldende arbeidsvoorwaarden niet wenste voort te zetten. De werknemers keken daardoor aan tegen een drastische loonsvermindering die tot 40 procent kon oplopen. De primaire staking in november 2009 werd gedragen door een meerderheid van de overgedragen werknemers. Het handjevol (overgedragen) werknemers slaagde er evenwel niet in om druk uit te oefenen op de overnemer. Het lukte de vakbond wel om de overnemer tot een iets beter voorstel te bewegen, maar dit werd door de overgenomen werknemers verworpen. Hoewel een nieuwe stakingsaanzegging al was ingeleid, kwam het evenmin tot een tweede stakingsgolf. De vakbond stelde in zijn verzoekschrift dat in een dergelijke casuspositie enkel een solidariteitsstaking (een secundaire actie) in andere onderdelen van de groep ten faveure van de overgenomen werknemers druk op de ketel had kunnen zetten. Die solidariteitsstaking kon niet worden georganiseerd, omdat naar Brits recht de immuniteit slechts geldt indien werknemers staken in het kader van een conflict met hun juridische werkgever. Solidariteitsstakingen (*'secondary actions'*) worden uitdrukkelijk van die immuniteit uitgezonderd. Dergelijke solidariteitsstaking vond niet plaats en werd evenmin preventief of curatief door de Britse rechters verboden. Voor het Hof stelt de vakbond uitdrukkelijk dat de wettelijke bepalingen over *secondary action* in strijd zijn met artikel 11 EVRM.

Het Hof oordeelt dat de klacht ontvankelijk is, doch niet gegrond. Het Hof onderzoekt of secundaire (collectieve) actie onder de toepassingsfeer van artikel 11 EVRM valt. Het verduidelijkt dat de erkenning van de vakverenigingsvrijheid "*for the protection of his interests*" geenszins letterlijk moet worden geïnterpreteerd. Zowel de interpretatieregels van de Conventie van Wenen als de interpretatiecanon die het Hof in eerdere rechtspraak heeft geformuleerd, wettigen een meer rekkelijke interpretatie. Volgens die canon moet het EVRM worden geïnterpreteerd in het licht van andere internationale instrumenten, in het licht van de interpretatie van die instrumenten door bevoegde toezichthoudende organen én een praktijk in bepaalde Europese staten waaruit een gemeenschappelijke benadering spreekt. Al deze elementen pleiten volgens het Hof ten voordele van het oordeel dat de solidariteitsactie onder artikel 11 EVRM valt. Onvermijdelijk leidt dit tot de conclusie dat het Britse verbod van dergelijke solidariteitsacties een beperking vormt van de door artikel 11 EVRM gewaarborgde vrijheid van vakvereniging.

Het Hof oordeelt dat secundaire acties de rechten en de vrijheden van derden die niet bij het collectieve arbeidsconflict betrokken zijn, kunnen aantasten, zware economische schade kunnen genereren (*'broad disruption within the economy'*) en de dienstverlening aan het publiek in het gedrang kunnen brengen. Om al deze redenen oordeelt het Hof dat de toepassing *in casu* van het wettelijke verbod aan een legitieme doelstelling beantwoordde.

Het RMT-arrest dwingt alle staten die het EVRM hebben geratificeerd de solidariteitsstaking principieel te erkennen als een aspect van de vrijheid van vakvereniging. Beperkingen van dit recht dienen de toets te doorstaan van artikel 11,

§ 2 EVRM. De wijze waarop het Hof deze proportionaliteitstoets uitvoert maakt duidelijk dat lidstaten een (te) grote *margin of appreciation* wordt gegund. Positief lijkt me dat het arrest duidelijk aangeeft dat de solidariteitsstaking niet op basis van een teleologische toets kan worden verboden.

Het RMT-arrest lijkt me evenwel problematisch wegens een aantal opmerkelijke paradoxen of zelfs contradicties die hier kort worden aangegeven. Deze contradicties worden in kaart gebracht teneinde de door het Hof aangegeven marge te versmallen. Hoe smaller die marge wordt, hoe groter het belang zal uitvallen van de principiële erkenning van de solidariteitsstaking in dit arrest.

De belangrijkste paradox van dit arrest betreft de vaststelling dat het Hof het voor bestaanbaar houdt dat een staat die decennialang een absoluut en algemeen verbod van een solidariteitsstaking in zijn wetgeving in stand houdt, aan een veroordeling door een Hof ontsnapt in een mijlpaalarrest waarin de solidariteitsstaking wordt erkend als een aspect van artikel 11 EVRM.⁴⁵ Merkwaardig genoeg wordt de duurtijd van een beperking van artikel 11 EVRM door het Hof gebruikt als een indicatie dat ze legitiem is.⁴⁶

In casu diende het Hof zich uit te spreken over een niet-geclausuleerd verbod voor werknemers in de private sector om naar solidariteitsstakingen te grijpen. De verzoeker wees op het absolute karakter van de verbodsbepaling dat naar zijn oordeel een afweging van conflicterende rechten en belangen uitsloot. Enigszins paradoxaal overweegt het Hof dat “*the general character of a law justifying an interference is not inherently offensive to the principle of proportionality*”. Uit de daaropvolgende passage blijkt dat het Hof weigert een dergelijk algemeen verbod in zijn algemeenheid aan het proportionaliteitsbeginsel te toetsen. Het ware dan ook beter te stellen dat het Hof heeft onderzocht of de toepassing van dit algemene verbod in het gegeven geval de toets van de proportionaliteit doorstaat. Men kan dan ook niet uitsluiten dat het Hof het verbieden van een andere solidariteitsstaking in een andere context op basis van deze algemene bepaling wel strijdig acht met het EVRM.

Het Hof heeft in zijn arrest niet nagelaten om lippendienst te bewijzen aan de intertextuele canon van de interpretatie die in het Grote Kamer-arrest *Demir en Baykara* werd afgekondigd. Het weert alle aanvallen van de Britse regering af op de twee belangrijkste mensenrechtencomités die de geviseerde bepalingen van de Britse TULRCA eerder onder vuur hadden genomen. De Britse regering minimaliseerde de relevantie van de conclusies van het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ESCR) dat het Europees Sociaal Handvest controleert, op basis van de ietwat banale en goedkope vaststelling dat dit comité geen ‘*judicial*’ of een ‘*quasi-judicial*’ orgaan zou zijn. Het Hof kwalificeert het Comité uitdrukkelijk

⁴⁵ Zie de kritiek van A. BOGG en K. EWING, “The implications of the RMT Case”, *Industrial law Journal* 2014, 236.

⁴⁶ Zie de kritiek van A. BOGG en K. EWING, “The implications of the RMT Case”, *Industrial law Journal* 2014, 247: “*It surely cannot be the case that human rights breaches can be justified by long usage and the support of the majority opinion within a particular country*”.

als een “*particularly qualified body*”. Het Hof treedt evenmin de kritiek bij die de Britse overheid uitoefende op de rapportage door het ILO-Expertencomité, die volgens de regering niet gezaghebbend zou zijn. Het Hof erkent in navolging van dit Comité dat die rapportage niet formeel bindend is, maar oordeelt dat dit op geen enkele wijze afbreuk doet aan het gezaghebbende karakter. Het Hof verduidelijkt in niet mis te verstane bewoordingen *niet* onder de indruk te zijn van de door de Britse overheid gemelde onenigheid over de rapporten van het Expertencomité op de 101ste ILO-conferentie. De vermeende onenigheid is verre van algemeen en gold slechts één van de drie geleidingen van de Algemene Conferentie. Al deze diplomatieke egards van het Hof ten spijt en in weerwil van een systematische en langdurige kritiek door deze toezichthoudende organen op deze wetgeving, concludeert het Hof uiteindelijk wel dat de “*wealth of international law materials*” niet dwingt tot de vaststelling dat de *toepassing* van de wettelijke verbodsbepalingen op de concrete feiten van het geding de vrijheid van vakvereniging van de verzoekster *in casu* schond. Het Hof wijst in dit verband als verklaring op de onderscheiden aard van de monitoring die werd ondernomen door het ECSR en het *Committee of Experts for the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR) in vergelijking met de jurisdictionele rol die aan het EHRM werd toevertrouwd. Het Hof wekt daarbij de indruk dat het ECSR en het IAO CEACR⁴⁷ abstracter te werk gaan. Er is minder sprake van een subjectief contentieux waarin een verzoeker klaagt over de schending van een grondrecht in een concreet geval, dan van een objectief contentieux waarin de conformiteit van wetgeving met internationale verdragsverplichtingen wordt nagegaan. Dit alles zou dan verklaren waarom *in casu* de overschouwing van deze rapportage niet tot een meer kritisch oordeel hoefde te leiden.

Het komt me voor dat deze voorstelling van zaken toch enige nuancering behoeft. Zowel in de schoot van de ILO als in de schoot van de Raad van Europa bestaan collectieve klachtenprocedures die belanghebbende collectieve actoren toelaten om schendingen van de vakverenigingsvrijheid op een veel concretere en punctuelere wijze aan te klagen. Er kan echter worden betoogd dat het FAC deze klachten niet op een louter juridische wijze benadert door eerder bemiddelend op te treden tussen klagers en overheid. Hoewel het FAC niet primair beoogt een geschil te beslechten, maar veeleer een conflict op te lossen, blijft het een feit dat de ‘jurisprudentie’ van het FAC werd ‘gecodificeerd’ tot zeer juridisch ogende Digesten. Alleszins mag worden opgemerkt dat het ECSR collectieve klachten wel exclusief op hun louter juridische merites beoordeelt. Die aanpak is uit de aard van de zaak veel concreter dan de door dit Comité uitgesproken conclusies. Voor zover de collectieve klachtenprocedure voor het ECSR in de toekomst tot jurisprudentie zou gaan leiden omtrent de conformiteit van bepaalde teleologische beperkingen, zou dit ertoe kunnen leiden dat het hier besproken arrest moet

⁴⁷ CEACR = Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations.

worden ‘*overruled*’. Het Verenigd Koninkrijk deed er allicht goed aan het Aanvullend Protocol over de collectieve klachtenprocedure (1995) niet te ondertekenen.

Het Hof weigert ondanks het uitdrukkelijke verzoek van de eiser uitdrukkelijk de vraag te beantwoorden of de staking nu een essentieel dan wel een belangrijk middel vormt ter verdediging van de werknemersbelangen. In paragraaf 84 van het RMT-arrest valt te lezen: “*The Court does not discern any need in the present case to determine whether the taking of industrial action should now be accorded the status of an essential element of the Article 11 guarantee.*” Het Hof merkt op dat zowel de belangrijke als de essentiële elementen onder de bescherming van artikel 11 EVRM vallen. Het onderscheid zou niet relevant zijn.

Geheel overtuigend lijkt mij die overweging over de vermeende irrelevantie van het onderscheid niet. Nogmaals, het lijkt mij toch wel redelijk om aan te nemen dat beperkingen van essentiële middelen minder snel als ‘nodig in een democratische samenleving’ kunnen worden aangemerkt, dan middelen die slechts belangrijk zijn. Het is om die reden wél noodwendig om uit te maken of het middel belangrijk dan wel essentieel is. Sterker, het Hof merkt dit zelf op. In paragraaf 87 zegt het Hof zelf dat “*if a legislative restriction strikes at the core of trade union activity, a lesser margin of appreciation is to be recognised to the national legislature and more is required to justify the proportionality of the resultant interference*”. Het is dan ook onbegrijpelijk dat het Hof de conceptuele noodzaak van het onderscheid niet inziet. Het Hof onderzoekt overigens wel of de juridische onmogelijkheid om de solidariteitsstaking aan te wenden de uitdrukkelijk als essentieel erkende middelen niet onder druk zet. In dit verband herinnert het aan de erkenning van het recht door de werkgever te worden gehoord en de erkenning van de vrijheid van collectief onderhandelen. Dit onderzoek valt negatief uit. Het Hof oordeelt dat de onwettigheid van de solidariteitsstaking *in casu* de vakbond er niet van weerhield haar looneisen kenbaar te maken en zelfs met de werkgever in onderhandeling te treden.

De door het Hof gevolgde methode biedt mijns inziens wel perspectieven voor een meer ruimhartige benadering van de zogenoemde primaire staking die tegen de juridische, *casu quo* economische werkgever wordt gevoerd. De vrijheid van collectief onderhandelen die gespeend is van een mogelijkheid de contractueel bedongen arbeid neer te leggen, lijkt mij namelijk volstrekt illusoir. De ontkenning van die mogelijkheid tast de vrijheid van collectief onderhandelen in de kern aan. Collectief onderhandelen wordt dan collectief bedelen. Vakbonden worden herleid tot bedelordes in plaats van strijdbare organisaties. In paragraaf 87 wekt het Hof de indruk dat primaire stakingen in tegenstelling tot secundaire stakingen wél een essentieel middel betreffen. Het maakt een onderscheid tussen ‘*secondary aspects*’ van vakverenigingsvrijheid, die accessoir zijn, en beperkingen die de kern raken. Er is niet veel fantasie nodig om in te zien dat begrippenparen als *core/accessory* en *essential/important* erg dicht bij elkaar liggen. De verleiding is sterk om de secundaire actie te verbinden met de accessoire aspecten en de primaire actie met de kernaspecten van de vakverenigingsvrijheid. Met een

dergelijke benadering is men niet ver verwijderd van de stelling dat secundaire actie een belangrijk en primaire actie een essentieel middel betreft.

Het Hof houdt er in het *RMT*-arrest ook een dubbele moraal op na ten aanzien van door de procespartijen aangehaalde speculatieve argumenten. Daar waar *RMT* beweert dat de door de wettelijke bepalingen afgeblokte solidariteitsstaking het verschil had kunnen maken, krijgt deze verzoeker het verwijt een louter speculatief argument te gebruiken.⁴⁸ De Britse regering wordt evenwel toegelaten om de louter speculatieve stelling te verdedigen dat solidariteitsstakingen *a priori* mogen worden verboden omdat ze steeds een risico inhouden om tot een ontwrichting van de economie en tot de publieke dienstverlening te leiden.⁴⁹ Wanneer de verzoeker opwierp dat ze geenszins de intentie had om tot een dergelijke vrij algemene solidariteitsstaking op te roepen, krijgt uitgerekend zij alweer het verwijt te speculeren.⁵⁰

Tot slot verraste het Hof in dit arrest door de wijze waarop het omgaat met de impact van de wetgeving op de mogelijkheid om nog naar het stakingwapen te grijpen. In de *RMT*-zaak werden ook de omstreden bepalingen in de TULRCA getoetst die een *ballot*procedure voorschrijven. Het loutere feit dat na een mislukte poging alsnog een staking plaatsvindt, wordt door het Hof gebruikt als een argument om deze administratieve hordes te relativeren. Wanneer evenwel ingevolge het *chilling effect* een solidariteitsstaking niet plaatsvindt, wordt dit gebruikt om te stellen dat de bewering dat die verboden staking het verschil zou hebben gemaakt louter speculatief is. Popper indachtig, valt er via dergelijke benadering niet veel meer te falsificeren.

D. DE SOLIDARITEITSSTAKING IN HET LICHT VAN ARTIKEL 6 ESH

De vraag rijst of artikel 6 ESH kan gelden als een juridische grondslag voor de erkenning van uit solidariteit gevoerde collectieve acties.

Voorafgaand aan deze analyse is het zinvol stil te staan bij de tekst van artikel 6 ESH. In dit artikel wordt het recht van werknemers en werkgevers erkend

⁴⁸ Zie § 88: “*The Court has noted the applicant’s conviction that secondary action would have won the day. Inevitably, that can only be a matter of speculation.*”

⁴⁹ Zie § 82 *RMT*-arrest. “*As the Government have argued, by its nature secondary action may well have much broader ramifications than primary action. It has the potential to impinge upon the rights of persons not party to the industrial dispute, to cause broad disruption within the economy and to affect the delivery of services to the public.*”

⁵⁰ § 102 *RMT*-arrest: “*In this respect, the applicant has argued that it would have limited its action to a secondary strike at Jarvis, with no further spill-over effects. That can only be a matter of speculation however.*”

collectieve acties te voeren in geval van belangengeschillen, inclusief het recht te staken.⁵¹

Uit de aanhef van artikel 6 blijkt dat dit recht wordt erkend: “*With a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively.*”

Zowel de aanhef als de formulering van het recht op collectieve actie dwingen tot een contextualisering van het recht op collectieve actie. Het recht wordt uitgeoefend teneinde het recht op collectief overleg in een context van een belangenschil te verzekeren. Niettegenstaande werkgevers en werknemers genoemd worden als de titularis van het recht op collectieve actie, laat niets toe om te stellen dat werknemers slechts naar collectieve acties kunnen grijpen omwille van een collectief overleg tussen hen en ‘hun’ werkgever. Geen enkel argument laat evenmin toe te stellen dat het belangengeschillen dient te betreffen tussen de werkgever en *zijn* werknemers. Het Europees Comité voor Sociale Rechten heeft tot op heden evenwel nagelaten duidelijk ondubbelzinnig aan te geven of en onder welke voorwaarden solidariteitsstakingen binnen het Europees Sociaal Handvest vallen.

In enkele gezaghebbende commentaren wordt ietwat boudweg gesteld dat het ECSR zich wel zou hebben uitgesproken over de vraag of solidariteitsstakingen binnen het bereik van artikel 6, § 4 ESH vallen. Als gezaghebbende commentaren worden die commentaren beschouwd die zijn geschreven door eminente arbeidsjuristen die de kans hebben gehad te zetelen in het ECSR. Zo stelt MIKKOLA, een voormalig lid van het ECSR, dat “*the ECSR has interpreted Article 6, § 4 in a restricted way so that neither sympathy strikes nor political strikes are covered by the provision.*”⁵² Een ander lid van het ECSR, Swiatkowski, neemt een gelijkaardig standpunt in waar hij stelt: “*Workers organize in trade unions, negotiate with employers and carry out collective action to ensure that their economic and professional interests are protected. On this basis, the legal protection ensured by Article 6 § 4 does not protect strikes when they are organized to support the interests of other groups of workers.*”⁵³ In een recente studie bewaart Evju zedig het stilzwijgen over de vraag of de solidariteitsstaking onder artikel 6, § 4 ESH valt, niettegenstaande hij uitvoerig ingaat op de koppeling van het recht op collectieve actie aan belangengeschillen in een context van collectief overleg.⁵⁴ Jaspers stelde in zijn

⁵¹ “*The right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into.*”

Zie hierover A.Ph.C.M. JASPERS, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer, Kluwer, 2004, 40-45.

⁵² M. MIKKOLA, *Social Human Rights of Europe*, Porvoo, Bookwell Ltd, 2010, 283.

⁵³ A. SWIAKOWSKI, *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Alphen aan den Rijn, 2007, 227-228.

⁵⁴ Zie S. EVJU, “The right to collective action under the European Social Charter”, *European Labour Law Journal* 2011/3, 196-224.

monografie *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?* dat “solidariteitsacties in beginsel onder artikel 6 lid 4 ESH worden gebracht”.⁵⁵

Die stelligheid van bepaalde commentatoren is opmerkelijk.

Noch de *Digest*⁵⁶, die door het secretariaat van het ECSR wordt geredigeerd, noch het door de Raad van Europa uitgegeven rechtspraakoverzicht⁵⁷ van het ECSR dat door Lenia SAMUEL werd geredigeerd, maken melding van een dergelijk categorisch verbod van de solidariteitsstaking.

In geen enkele van de tot op heden bij het ECSR ingediende collectieve klachten over de vermeende schending van artikel 6, § 4 staan *teleologische* beperkingen van het recht op collectieve actie centraal. Het komt me voor dat de conclusies van het ECSR omtrent het meest categorische verbod van solidariteitsstakingen wel een sleutel kunnen vormen voor de rechtspositie van de uit solidariteit gevoerde collectieve acties in het licht van artikel 6, § 4 ESH. In het Verenigd Koninkrijk verhinderen de twee bovengenoemde bepalingen de legitimiteit van de solidariteitsstaking. In de meest recente conclusie (2014) oordeelt het Comité dat de beperking van de immuniteit voor trade-unions tot stakingen in een context van een “*industrial dispute*” tussen de stakers en hun werkgever “*excessively limited*” is.⁵⁸ Het Comité merkt in dit verband op dat een te contractuele invulling van het werkgeversbegrip achterhaald is. De gewijzigde productieverhoudingen zijn van dien aard dat de contractuele verhoudingen tussen werknemers en ‘werkgevers’ veel diverser en complexer geworden zijn. In dit verband passeren de netwerkonderneming, het fenomeen van outsourcing, samenwerkingen tussen bepaalde ondernemingen, het beroep op uitzendkrachten de revue. Het is voor het Comité een uitgemaakte zaak dat werknemers het recht hebben collectieve acties te ondernemen tegen ondernemingen waarvan zij afhankelijk zijn.

Recent oordeelde de Hoge Raad dat een uit solidariteit gevoerde besmetverklaring wel degelijk binnen de reikwijdte van artikel 6 ESH valt.⁵⁹ De feiten worden hier kort weergegeven.

Het juridische geschil dat aan de Hoge Raad werd voorgelegd confronteert twee partijen die niet rechtstreeks in een belangenconflict zijn verwikkeld. De eiser in cassatie (Enerco) is een contractant (cliënt) van de ‘bestaakte’ werkgever Rietlanden. Het kolenveredelingsbedrijf Enerco heeft een kolenwasserij in de Amerikahaven te Amsterdam. Het wordt via zeeschepen bevoorraadt. Het op- en overslagbedrijf Rietlanden vormt een cruciale schakel. Enerco heeft een

⁵⁵ A.Ph.C.M. JASPERS, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer, Kluwer, 2008, 58. In dezelfde zin ook L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 34.

⁵⁶ www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/digestindex_EN.asp?

⁵⁷ L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux*, Strasbourg, Editions du Conseil de l’Europe, 2002, 513 p.

⁵⁸ ECSR, *Conclusions*, XX-3 (Verenigd Koninkrijk).

⁵⁹ Hoge Raad 31 oktober 2014, *JAR* 2014/298.

overeenkomst met Rietlanden gesloten om de zeeschepen die haar bevoorraden te lichten. Wegens de (letterlijk) geringe diepgang van de haven van Amsterdam moeten de zeeschepen in IJmuiden worden gelicht om de haven van Amsterdam te kunnen bereiken.

De verweerders zijn de vakbonden FNV Bondgenoten en VZC (Vereniging het Zwarte Corps). Zij hebben een belangenconflict met Rietlanden. Rietlanden wordt sedert 24 september 2012 met door de bonden georganiseerde collectieve acties geconfronteerd. Rietlanden is geen procespartij.

Wanneer het zeeschip *Evgenia* op 9 oktober 2012 de haven van IJmuiden binnenvaart, breekt bij Rietlanden een onaangekondigde staking uit. De werknemers van Rietlanden weigeren het schip via hun drijvende kranen te lichten. De *Evgenia* wordt afgemeerd naar een ankerplaats. De meest pragmatische uitweg voor Rietlanden of voor Enerco zou erin hebben kunnen bestaan om met een ander overslagbedrijf 'in zee te gaan'. Rietlanden had met dergelijk bedrijf in onderaanneming kunnen werken of Enerco had een overeenkomst met dergelijk bedrijf kunnen sluiten. Die weg wordt evenwel afgeblokt door een oproep van beide bonden om de schepen waarvan de lading door Rietlanden wordt overgeslagen te boycotten. Deze schepen worden 'besmet' verklaard. Beide bonden hebben immers een oproep gedaan tot de werknemers van de andere overslagbedrijven om de schepen van cliënten van Rietlanden 'uit solidariteit' met de stakende werknemers niet te lichten.

In de optiek van beide bonden zou een dergelijk beroep op onderaannemers een vorm van onderkruiperij vormen.

Enerco slaagde er finaal in beroep in te stellen om de besmetverklaring te verbieden. Dit dwong de bonden tegen dit arrest cassatie in te stellen. Tegen de conclusie in van advocaat-generaal Vlas oordeelt de Hoge Raad het cassatieberoep gegrond en vernietigt het hoogste rechtscollege het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Het belangrijkste onderdeel van het cassatieberoep betrof de vraag of de litigieuze collectieve actie onder het bereik van artikel 6, § 4 ESH viel. De Hoge Raad oordeelt dat die litigieuze actie in tegenstelling tot wat het Gerechtshof daarover stelde onder artikel 6, § 4 ESH valt. Maatgevend in het oordeel lijkt me het uitgangspunt dat het recht op collectieve actie de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen heet te waarborgen. Op dit geïsoleerde punt bestaat er geen grote tegenstelling tussen het arrest in cassatie en in beroep. Waar die teleologische onderschikking het Gerechtshof noopt tot een weinig rekkelijke benadering van het begrip 'collectieve actie', oordeelt de Hoge Raad dat het recht op collectief onderhandelen een sociaal grondrecht betreft. De aard van dit grondrecht verzet zich tegen een restrictieve bejegening van de actiemiddelen. De Hoge Raad stelt voorop dat de werknemersorganisaties vrij dienen te zijn in de keuze van die middelen. Er is een grens. De gekozen actiemiddelen moeten 'redelijkerwijze' bijdragen tot de uitoefening van het recht op collectief onderhandelen.

De Hoge Raad meent dat het Gerechtshof van Arnhem om twee redenen die *nexus* tussen de collectieve actie en het recht op collectief onderhandelen op een te rigide wijze heeft geïnterpreteerd. Vooreerst leest de Hoge Raad in tegenstelling tot de advocaat-generaal het arrest van het Gerechtshof als een categorische ‘veroordeling’ van de secundaire collectieve actie. Volgens de Hoge Raad heeft het Gerechtshof geoordeeld dat “een besmetverklaring als de onderhavige reeds buiten de reikwijdte van artikel 6 aanhef en onder 4 ESH valt op grond dat een zodanige actie wordt uitgevoerd in een ander bedrijf dan dat van de werkgever tegen wie de actie zich richt”. Daarmee werd onvoldoende onderzocht of dergelijke besmetverklaring *redelijkerwijze* kan bijdragen tot het actiedoel.

De Hoge Raad is evenmin overtuigd van de door het Gerechtshof geformuleerde overweging dat “niet valt in te zien op welke wijze afbreuk zou worden gedaan aan het stakingsdoel, met name de onderhandelingspositie van de bonden ten opzichte van Rietlanden, wanneer de loswerkzaamheden voor Enerco door een ander (mogelijk concurrerend) bedrijf konden worden verricht”. De Hoge Raad merkt in dit verband uitdrukkelijk op “dat niet valt uit te sluiten dat dergelijke besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden”.

De overwegingen doen de Hoge Raad met noodzaak besluiten tot de vernietiging van het arrest.

De Hoge Raad onderzoekt of de argumentatie die door het Gerechtshof ‘ten overvloede’ werd aangedragen alsnog het oordeel van dit Gerechtshof zelfstandig kan dragen. De Hoge Raad struikelt evenwel over de wijze waarop het Gerechtshof die argumentatie heeft uitgewerkt. Het Gerechtshof verwijst immers naar haar overwegingen die betrekking hadden op de vraag of de secundaire actie al dan niet onder artikel 6, § 4 ESH valt. Van die overwegingen kan geen dubbel gebruik worden gemaakt, om in een tweede moment aan te tonen dat de secundaire collectieve actie, voor zover ze wel onder het ESH zou vallen, alsnog onrechtmatig moeten worden geacht.

De Hoge Raad had hiermee kunnen volstaan, maar zet op gelukkige wijze de puntjes op de spreekwoordelijke ‘i’ door de regels van de stelplicht in herinnering te brengen. Een collectieve actie die binnen het bereik van artikel 6, § 4 ESH valt, dient in beginsel als rechtmatig te worden aangemerkt. De Hoge Raad legt de bewijslast van de disproportionaliteit op de schouders van Enerco. Het is niet aan de bonden om aan te tonen dat hun collectieve actie de toets doorstaat. De Hoge Raad legt de zwaktes van het door Enerco geleverde bewijs bloot. Er werden onvoldoende vaststellingen overgemaakt over de omvang van de schade, over de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden. De Hoge Raad merkt in dit verband uitdrukkelijk op dat de bonden de schade hebben betwist en hebben aangevoerd dat er geen sprake zou zijn van *duurzame* gevolgen voor Enerco.

VII. SLOTBESCHOUWINGEN

In de arresten *Enerco* en *RMT* komen de twee juridische grondslagen aan bod voor een recht op collectieve actie die RIGAUX in zijn proefschrift heeft onderzocht. Zowel de Hoge Raad als het Hof voor de Rechten van de Mens erkenden dat beide artikelen (art. 6 ESH en art. 11 EVRM) als een juridische grondslag kunnen gelden voor een principiële erkenning van een recht uit solidariteit actie te voeren. Over artikel 6 ESH hangt zoals steeds de schaduw van het collectief overleg. Het heeft als groot nadeel dat het recht op collectieve actie aan een zware teleologische voorwaarde wordt gekoppeld. Een collectieve actie die niet dienstbaar is aan dit overleg blijft moeilijk liggen. De winst die werd geboekt schuilt in het feit dat de Hoge Raad niet vooropstelt dat dat collectief overleg niet noodzakelijk de werknemers hoeft te betreffen die naar de solidariteitsstaking grijpen. De benadering van het Straatsburgse Hof heeft als voordeel dat dergelijke band met het collectieve overleg niet voorhanden hoeft te zijn. Het volstaat dat de actie dienstbaar is aan de verdediging van de belangen van werknemers. Uit *RMT* volgt dat die belangen niet noodzakelijk de belangen dienen te zijn van de werknemers die uit solidariteit staken. Beide grondslagen vullen elkaar aan. Anders gezegd, de basisintuïtie van RIGAUX dat de vrijheid van vakvereniging een nuttige grondslag vormt voor een ruimhartige erkenning van het recht op collectieve actie blijft na bijna veertig jaar na de verdediging van het proefschrift overeind.

ZE ZIJN ZO LIEF, MENEER

Overpeinzingen bij (het misbruik van) een vergeten beroepsgroep¹

Patrick HUMBLET

Gewoon hoogleraar UGent

*“Le cadre (...) on a voulu lui faire croire qu’il
était le membre éminent d’une élite alors
qu’il n’est qu’une unité fongible de la masse de
manœuvre privilégiée des minorités dirigeantes”²*

In 1986 trad Marc RIGAUX op als referent in de cyclus Delva. Zijn bijdrage handelde over de vertegenwoordiging van het kaderpersoneel in de ondernemingsraad, wat door een wetswijziging plots een heet hangijzer was geworden. In de verslagtekst brak hij een lans voor de invoering van een aparte vertegenwoordiging van vrouwelijke werknemers en ‘gastarbeiders’, want, zo vroeg hij zich af, “is de nood van deze gemarginaliseerden binnen de werknemersgroep om zelf hun specifieke problemen naar voren te brengen, niet minstens even groot als deze van de in de onderneming dan toch ‘geprivilegieerde groep’ van het kaderpersoneel?”³ Nu, dertig jaar later, zijn de gastarbeiders allochtonen geworden die, ongeacht de *newspeak*, nog steeds gediscrimineerd worden, is de een-derde-van-hetzelfde-geslacht-regel gemeengoed geworden, behalve in de onderneming(sraden), en leeft bij velen nog steeds het idee dat kaderleden de handlangers van het management zijn. Dit beeld moet echter grondig worden bijgesteld. Is het verschil tussen kaderleden en uitvoerende bedienden immers niet klein(er) geworden? Mochten/mogen kaderleden in de denkoefening over een eenheidsstatuut wel worden vergeten? En dan is er nog het kwantitatieve aspect. Bijna 30% van de werknemers in België wordt als kaderlid beschouwd.⁴ Zijn dit echter nog wel ‘bazen’?

¹ Met dank aan Isabel PLETS (Lydian/UGent) voor haar pogingen om mijn enthousiasme voor al te ‘fantaisistische’ ideeën in te tomen.

² J. CHEVERNY, *Les cadres. Essai sur de nouveaux prolétaires*, Parijs, Julliard, 1967, 45.

³ M. RIGAUX, “De vertegenwoordiging van het kaderpersoneel in de ondernemingsraad”, *TPR* 1987, 35.

⁴ Zie X, *Les cadres en Europe et leurs syndicats au 21^{ème} siècle*, Brussel, Eurocadres, 2009, 8.

I. WIE IS KADERLID? EEN SEMANTISCHE DISCUSSIE

Aan het begin van de 20ste eeuw was ‘kaderlid’ synoniem met ingenieur/intellectueel, een groep die diametraal tegenover de arbeidersklasse stond.^{5,6} In de jaren dertig werden de kaders opnieuw ‘uitgevonden’ als een tussen werknemers en werkgevers geprangde tussencategorie.⁷ Het was echter het Vichy-regime dat aan kaders een wettelijke basis gaf. Artikel 10 van *La Charte du travail* van 10 oktober 1941⁸ onderscheidt “*les ingénieurs, cadres administratifs et commerciaux*”.

In België werden de kaderleden, vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw, geïdentificeerd als een aparte – zeer kleine⁹ – groep binnen de onderneming.¹⁰ Het modale kaderlid was midden veertig, had een vrouw die voltijds voor de twee kinderen zorgde en een poetsvrouw voor het zwaardere werk (*sic*). Hij had een tv, nam vakantie aan zee of in de Ardennen, las te weinig boeken en twijfelde of hij zich wel zou aansluiten bij een kadervakbond.^{11, 12}

In een studie uit 1961 is het kaderlid “*un bourgeois traditionnel mais différent aussi – ne fût-ce que par le sentiment de sécurité qui marque son genre de vie*”.¹³ Kortom, de economische elite.

In *Le Capital au XX^e siècle* gebruikt Thomas PIKETTY kaderleden als een synoniem voor managers.¹⁴ Ook Dumenil en Levy denken in dezelfde richting. Zij hanteren de term ‘*capito-cadrisme*’¹⁵ en sluiten hiermee aan bij het denken

⁵ Zie R. MOURIAUX, “Le syndicalisme des ingénieurs et cadres”, *Culture technique* 1983, nr. 12, 221-227 te raadplegen via http://documents.irevues.inist.fr/bitstream/handle/2042/31640/C%26T_1984_12_221.pdf?sequence=1.

⁶ Voor de revolutionaire syndicalist Georges SOREL was het bv. ondenkbaar dat een intellectueel een leidende positie zou hebben in een vakbond; zie G. SOREL, “L’Avenir socialiste des syndicats”, *l’Humanité Nouvelle* maart-mei 1898, o.a. in *Bibliothèque d’études socialistes*, Parijs, 1901, 60 geraadpleegd via <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111203/f1.image.r=sorel%20l%27humanit%C3%A9%20nouvelle%20l%C3%A9gu%C3%A9s.langEN>.

⁷ J. RUHLMANN, “L’invention des « cadres » et des « classes moyennes » en France des années 1930 au début des années 1950” in P. BOUFFARTIGUE, C. GADEA en S. POCHIC (eds.), *Cadres, classes vers l’écatement*, Parijs, Arman Colin/Recherches, 2011, 240-248, maar vooral (zeer uitgebreid) L. BOLTANSKI, *Les cadres. La formation d’un groupe social*, Parijs, Les éditions de minuit, 1982, 63 e.v.

⁸ Voor de tekst, zie o.a. www.marechal-petain.com/charte_travail.htm.

⁹ M. PIRAUX, *Les cadres du secteur privé en Belgique*, Brussel, La pensée Catholique, 1961, 13 stelde 50.000 voorop.

¹⁰ O.a. *Les cadres supérieurs des entreprises. Leur origine, leur carrière, leurs caractéristiques*, Brussel, Centre Emile Bernheim de l’ULB, 1959, 184 p.; M. PIRAUX, *Les cadres du secteur privé en Belgique*, Brussel, La pensée Catholique, 1961, 102 p.; J.E. HUMBLET, *Les cadres d’entreprises. France – Belgique – Royaume-Uni*, Parijs, Ed. Universitaires, 1966, 258 p.

¹¹ M. PIRAUX, *Les cadres du secteur privé en Belgique*, Brussel, La pensée Catholique, 1961, 99 e.v.

¹² Zie R. DE CRAECKER et al., “L’ingénieur et le syndicalisme des cadres”, *Revue de l’Institut de Sociologie* 1965/3, 411-502.

¹³ M. PIRAUX, *Les cadres du secteur privé en Belgique*, Brussel, La pensée Catholique, 1961, 102.

¹⁴ T. PIKETTY, *Le capital au XX^e siècle*, Parijs, Ed. du Seuil, 2013, 435 e.v.

¹⁵ G. DUMENIL en D. LEVY, *La grande bifurcation. En finir avec le néolibéralisme*, Parijs, La Découverte, 2014, 30.

van James BURNHAMS *managerial revolution*.¹⁶ Kaderlid/manager is in die optiek de persoon die het productieproces leidt, zoals een dirigent het orkest. In mijn bijdrage zal het echter niet gaan over de ‘gouden parachutisten’, maar wel over wie een trapje lager staat: *le salariat de confiance*.¹⁷ Deze kaderleden zijn ondergeschikt(en). Zij beleven een existentiële crisis.¹⁸ Sommige doemdenkers twijfelen zelfs aan de overlevingskansen van de groep.¹⁹ Zo werd in 2012 het congres van *l’Observatoire des cadres* gevoerd onder de titel: “*A quoi servent les cadres?*”²⁰

II. KADERLEDEN IN HET (ARBEIDS)RECHT²¹

In publicaties wordt steevast verwezen naar een definitie van de Internationale Arbeidsorganisatie uit 1977²²:

“*Toute personne :*

- a) *qui a terminé un enseignement et une formation professionnelle de niveau supérieur ou qui possède une expérience reconnue équivalente dans un domaine scientifique, technique ou administratif ;*
- b) *qui exerce, en qualité de salarié, des fonctions à caractère intellectuel prédominant, comportant l’application à un haut degré des facultés de jugement et d’initiative et impliquant un niveau relativement élevé de responsabilité.*

Cette notion englobe également toute personne répondant aux caractéristiques a) et b) ci-dessus, qui détient, par délégation de l’employeur et sous son autorité, la responsabilité de prévoir, diriger, contrôler et coordonner les activités d’une partie de l’entreprise ou d’une organisation avec le pouvoir de commandement correspondant, à l’exclusion des cadres dirigeants ayant une large délégation de l’employeur.”

¹⁶ J. BURNHAM, *The Managerial Revolution. What is happening in the world*, New York, John Day Company, 1941, 285 p. Nederlandse versie: J. BURNHAM, *De machtsvorming der bewindvoerders*, 's Gravenhage, Leopold Uitgevers-Maatschappij, 1947, 276 p.

¹⁷ P. BOUFFARTIGUE, “La crise d’un salariat de confiance. Les cadres déstabilisés” in *Les nouveaux rapports de classe*, Actuel Marx nr. 26, Parijs, PUF, 1999, 58.

¹⁸ Zie o.a. L. BOLTANSKI en E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Parijs, Gallimard, 1999, 390 e.v.; A. PICHON, *Les cadres à l’épreuve. Confiance, méfiance, défiance*, Parijs, PUF, 2008, 239 p.

¹⁹ P. BOUFFARTIGUE, “La crise d’un salariat de confiance. Les cadres déstabilisés” in *Les nouveaux rapports de classe*, Actuel Marx nr. 26, Parijs, PUF, 1999, 53.

²⁰ J.M. BERGERE en Y. CHASSARD, *A quoi servent les cadres?*, Parijs, Odile Jacob, 2013, 214 p.

²¹ Voor een wat gedateerde analyse, zie *L’évolution du régime contractuel des dirigeants et cadres d’entreprise*, Luik, Faculté de droit, 1967, 398 p. Dit boek bevat een aantal interessante artikelen van o.a. de professoren LAGASSE, FRANÇOIS en JAMOUL. Voor een commentaar hierop, zie A. MAZY, “Het contractueel regime van het kaderpersoneel”, *Arbbl.* 1967, 1777-1800.

²² Bv. X, *Les cadres en Europe et leurs syndicats au 21^{ème} siècle*, Brussel, Eurocadres, 2009, 6; J.M. BERGERE en Y. CHASSARD, *A quoi servent les cadres?*, Parijs, Odile Jacob, 2013, 48.

Deze omschrijving sluit aan bij deze die we terugvinden in artikel 14, § 1 Bedrijfsorganisatiewet:

“(...) bedienden die in de onderneming een hogere functie uitoefenen, die in het algemeen voorbehouden wordt aan de houder van een diploma van een bepaald niveau of aan diegene die een evenwaardige beroepservaring heeft.”

Op dit artikel na ontbreekt elk aanknopingspunt in de Belgische wetgeving. Her en der zijn er echter impliciete verwijzingen, zij het dat deze veeleer schaars zijn.

DE HIËRARCHIE

Artikel 17, 2° Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de werknemer ertoe gehouden is te handelen volgens de bevelen en instructies die hem worden gegeven door de werkgever, maar ook door diens *lasthebbers* en *aangestelden*. Hiermee doelden men op werknemers die bevelen gaven in opdracht van de werkgever. Hiertoe behoorden o.a. ‘*contremaîtres*’ en ‘*chefs ouvriers*’ die als ‘gewone’ arbeiders werden beschouwd, wat ook expliciet in artikel 1 Arbeidsovereenkomstenwet 1900 werd vermeld. Daarnaast was er ook een hoger kader dat o.a. bestond uit “*les agents techniques*”.^{23, 24}

In een aantal gevallen wordt een terminologie gebruikt die erop zou kunnen wijzen dat er sprake is van kaderleden, maar is dat toch niet het geval. Zo verplicht artikel 6, § 1, 5° Arbeidsreglementenwet de vermelding van “de rechten en plichten van het toezichthoudend personeel” in het Arbeidsreglement. Dit heeft evenwel alleen betrekking op disciplinaire bevoegdheden. Een portier kan bijvoorbeeld tot het toezichthoudend personeel behoren, maar is zeker geen kaderlid.²⁵

De bekendste (en waarschijnlijk meest misbruikte) verwijzing naar de hiërarchie²⁶ betreft de uitsluiting van sommige werknemers van de arbeidsduurregeling. Artikel 3, § 3, 1° Arbeidswet voorziet erin dat de Koning werknemers kan aanwijzen die een leidende functie uitoefenen of een vertrouwenspost bekleden waardoor ze buiten het toepassingsgebied van sommige hoofdstukken van de Arbeidswet worden gesloten. Het uitvoeringsbesluit – het KB van 10 februari

²³ Over de problematiek zie o.a. R. FLAMENT, *La loi belge du 10 mars 1900 sur le contrat de travail*, Parijs, Arthur Rousseau, 1906, 77 e.v.

²⁴ In art. 8 Arbeidsovereenkomstenwet wordt verwezen naar werknemers die worden aangevraagd “om groepen of ploegen van werknemers te organiseren of te leiden”. Deze praktijk van “ploegbazen/chefs de brigades” die zelf personeel kunnen aanwerven, is echter in onbruik geraakt, zodat we deze groep even buiten beschouwing laten.

²⁵ J. PETIT, “Arbeidsreglement” in *Arbeidsrecht CAD*, Brugge, die Keure, kopij afgesloten op 1 maart 1995, nr. 83. Zie ook J. VANTHOURNOUT, *Het arbeidsreglement*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 119 e.v.

²⁶ Zie *infra*.

1965²⁷ – omschrijft wie als dusdanig moet worden beschouwd. Ook hier wordt niet elke functie noodzakelijkerwijze uitgeoefend door een kaderlid.

HET FINANCIËLE ASPECT

In artikel 29 Arbeidsovereenkomstenwet 1922 werd er een onderscheid gemaakt tussen hogere en lagere bedienden. Wie meer verdiende dan 12.000 BEF/jaar, werd uit het toepassingsgebied gesloten. Strikt genomen impliceerde dit niet dat dergelijke personen kaderleden waren, maar de kans was reëel dat ze een leidende functie hadden.

De hoogte van het loon bleef in het Belgische ontslagrecht opgenomen tot 31 december 2013. In de – officieel niet bestaande maar legio toegepaste – formule-Claeys bleef tot midden jaren negentig de functie een element bij het berekenen van de opzegtermijn. Nu nog zijn verscheidene bedingen gelieerd aan de hoogte van het loon. Door de bescheidenheid van het bedrag is dit echter geen indicatie meer of de persoon al dan niet mede gezag uitoefent. Een uitzondering hierop is artikel 69 Arbeidsovereenkomstenwet waar de loongrens wordt gekoppeld aan de verantwoordelijkheid van de werknemer.²⁸

HET CONVENTIONELE ASPECT

De sociale partners kunnen in collectieve arbeidsovereenkomsten verwijzingen naar kaderleden opnemen. Een voorbeeld hiervan is het paritair comité 307 (makelaardij en verzekeringsagentschappen) waar uitvoeringsstafpersoneel aparte barema's heeft. Dit betreft onder andere de adjuncten van de directie.²⁹ In tal van CAO's worden kaderleden evenwel van het toepassingsgebied uitgesloten. Zij zijn niet-gebaremiseerd (*sic*).³⁰

III. DE PROBLEMEN³¹

Het is uiteraard onmogelijk om in kort bestek een catalogus te maken van alle problemen die zich voordoen. Een aantal problemen vloeit voort uit de (al dan

²⁷ BS 12 februari 1965.

²⁸ Het betreft een bediende die met het dagelijks beheer van de onderneming belast is of in een afdeling of bedrijfseenheid van de onderneming beheersverantwoordelijkheid heeft die kan worden vergeleken met die voor de gehele onderneming.

²⁹ CAO 27 april 2001.

³⁰ Zie ook *infra*.

³¹ Schrijver dezes is zich ervan bewust dat kaderleden in sommige ondernemingen in de beste van alle mogelijke werelden leven (*sic*) en dat een aantal van de hiernavolgende kritieken dus ongefundeerd is. Maar is dat niet de uitzondering?

niet correcte) toepassing van de bestaande wetgeving. Andere zijn het gevolg van het ontbreken van een aangepast normenapparaat. De grootste gemene deler is echter dat er een wanverhouding bestaat tussen de inspanningen van het kaderlid en wat hij daarvoor ontvangt.³²

A. 24 HOURS

Het is evident dat sommige werknemers vanwege de aard van hun activiteiten niet kunnen worden ingeschakeld in een *nine-to-five* job. Het KB van 10 februari 1965 somt een aantal personen op die met een leidende functie of met een vertrouwenspost zijn bekleed en op wie de beperkingen in verband met arbeidsduurregeling niet van toepassing zijn.³³ Aangezien het een afwijking van een vrij fundamentele verworvenheid betreft, zou men verwachten dat een zekere nauwkeurigheid wordt nagestreefd. Niets is echter minder waar. De opsomming in het voormelde KB is compleet achterhaald. De rechtbanken generen zich echter niet om bij analogie bepaalde functies als leidinggevend te kwalificeren.³⁴ Dit is vooral kwalijk als er een link met het loon wordt gelegd. Het KB garandeert dat langer mag worden gewerkt dan bepaald in de arbeidswetgeving, maar zegt niets over het loon dienaangaande. Een aantal werkgevers (hierin gevolgd door rechtbanken) beschouwt het salaris van kaderleden als een *lump sum*.³⁵ Kaderleden krijgen een maandloon ongeacht het aantal gewerkte uren.^{36, 37} Vaak wordt de arbeid zelfs zo georganiseerd dat de arbeidsduur onmogelijk te bewijzen is. Kaderleden moeten/mogen geen gebruik maken van de prikklok; dat is beneden hun waardigheid. *Cui bono?*

Als dit alles gepaard gaat met – wat vaak het geval is – de morele druk om voor en na de gewone werkuren aanwezig te zijn, om thuis en tijdens weekends te

³² P. BOUFFARTIGUE, “La crise d’un salariat de confiance. Les cadres déstabilisés” in *Les nouveaux rapports de classe*, Actuel Marx nr. 26, Parijs, PUF, 1999, 61.

³³ De redenering m.b.t. dit onderdeel werd oorspronkelijk uitgewerkt in mijn artikel “Apologie van het recht op uitbuiting. Een provocatie” in A. VAN REGENMORTEL en K. REYNIERS (eds.), *Te hoge werkdruk*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 17-29.

³⁴ Zie K. RASSCHAERT, “Kaderleden en overwerk”, *Or.* 2000, 1-7 en E. RUCHAT, “Les personnes investies d’un poste de direction ou de confiance”, *Ors.* 2002, 25-34. Deze rechtsleer lijkt misschien wat achterhaald, maar is dat niet (zie W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2014-15*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nr. 1579).

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Volgens een HIVA-studie uit 2002 krijgt/kreeg 75% van de kaderleden geen compensatie voor de gepresteerde meeruren. Zie J. DELMOTTE *et al.*, *Observatorium kaderpersoneel*, KULEUVEN/HIVA, 2002, 28.

³⁷ Ik ga er – *pour les besoins de la cause* – van uit dat ‘extra’ prestaties niet op een verkapte manier (bv. door middel van extralegale vakantiedagen) worden gecompenseerd.

werken en om permanent de inkomende mails te checken, staat het kaderlid altijd in stand-by-modus.^{38, 39}

Het is vaak niet zozeer het feit dat men lang(er) moet werken⁴⁰, maar wel dat men ertoe wordt gedwongen⁴¹, wat belastend is. Kaderleden worstelen met hun tijdmanagement en de *work-life balance* en dit leidt tot stress.⁴² Zij zijn ‘getrouwd’ met de onderneming en ... het zijn goedkope bruiden.⁴³

B. KADERLEDEN EN SOCIAAL OVERLEG⁴⁴

Ook kaderleden voelen de behoefte om zich te verenigen.⁴⁵ Omdat ‘kader’ in het verleden vaak synoniem was met universitair geschoold (en dus slechts een kleine groep betrof) hadden de organisaties *ab initio* een verenigingsvorm voor ogen die vergelijkbaar is met de organisaties van zelfstandigen.⁴⁶ Stilaan is dan binnen (of nauw gelieerd met) de reguliere werknemersorganisaties een kaderwerking op gang gekomen. In de jaren zestig zag de NCK het licht, een confederatie die buiten het klassieke vakbondslandschap opereerde. Met het opnemen van een kaderdelegatie in de ondernemingsraad en de deelname aan de sociale verkiezingen in 1987 werden ook kaderleden buiten een organisatie om, betrokken bij het sociaal overleg.⁴⁷

Volgens kwatongen was het de bedoeling van het voorstel om de representatieve organisaties een hak te zetten en een wig te drijven tussen de werknemers.⁴⁸

³⁸ Werkweken van 80 uur zijn meer regel dan uitzondering. Zie voor cijfermateriaal uit de bankensector E. MARTINEZ, *Les salariés à l'épreuve de la flexibilité*, Brussel, Ed. de l'ULB, 2010, 131.

³⁹ Met excuses aan de ondernemers die al een beleid hebben om technostress te vermijden.

⁴⁰ Kaderleden bekommerden zich in het verleden nauwelijks om de arbeidsduurregeling, als de boel maar draaide (zie PICHON, *Les cadres à l'épreuve. Confiance, méfiance, défiance*, Parijs, PUF, 2008, 121).

⁴¹ P. BOUFFARTIGUE, “La crise d'un salariat de confiance. Les cadres déstabilisés” in *Les nouveaux rapports de classe*, Actuel Marx nr. 26, Parijs, PUF, 1999, 61.

⁴² J. THOEMMES, R. KANZARI en M. ESCARBOURTEL, “Temporalités des cadres et malaise au travail”, *Revue Interventions économiques*, 2011, (43) 7 e.v.

⁴³ Waardoor werkgevers gemotiveerd worden om zelfs louter uitvoerende bedienden te promoveren.

⁴⁴ De collectie-arbeidsrechtelijke aspecten van de kaderproblematiek zijn in een o.a. door Marc RIGAUX gesuperviseerde studie aan bod gekomen (J. BUELENS, *C.A.O.'s en een vakbondsafvaardiging: voor alle bedienden?*, ISUA-opstellen, Antwerpen, UA, 2002, 227 p.). Wij zullen ons hierna beperken tot onderwerpen die niet aan bod zijn gekomen in het onderzoek c.q. items waarover wij een andere visie hebben.

⁴⁵ Zie E. ARCQ en P. BLAISE, “Les organisations représentatives des cadres”, *Courrier Hebdomadaire du CRISP* 1985, nr. 1094, 40 p.

⁴⁶ Zoals de artsensyndicaten. Zie A. DELOURME, “L'ingénieur et le syndicalisme des cadres”, *Revue de l'Institut de Sociologie* 1965/3, 419.

⁴⁷ Voor de wetsgeschiedenis, zie M. RIGAUX, “De vertegenwoordiging van het kaderpersoneel in de ondernemingsraad”, *TPR* 1987, 1 e.v.

⁴⁸ Occasioneel gebeurde dit uiteraard. Zo berichten BLAISE en LISEIN-NORMAN over een conflict tussen de bedienden en de kaderleden in de scheikundige sector tijdens de eerste sociale

Dit blijkt echter niet uit de parlementaire voorbereiding. Het doel van de wetswijziging was de kaders in staat te stellen om hun belangen te verdedigen (*sic*).⁴⁹ Eigenaardig genoeg werd met het oog daarop voorzien in zitjes in een orgaan dat alleen maar een doorgeefluik is voor informatie en waarin nauwelijks/geen ruimte is voor het stellen van eisen.

Maar zelfs als het opzet malicieus was, dan is dat mislukt. Al meer dan twintig jaar hebben NCK en de huislijsten een fikse duik genomen (zie tabel hieronder). Een dilettantische verklaring zou erin kunnen bestaan dat kaderleden de voorkeur geven aan een organisatie met een uitgebreid juridisch aanbod. De kleurenvakbonden zijn als het ware sociale secretariaten die een service kunnen bieden waarmee huislijsten niet en NCK – wegens het geringe ledenaantal – moeilijk kunnen concurreren. Een andere mogelijkheid is dat sommige huislijsten ondertussen aansluiting hebben gezocht bij een of andere representatieve organisatie.

	1987 ⁵⁰	1991	1995	2000	2004 ⁵¹	2008	2012 ⁵²
NCK	27,00	21,20	16,70	14,95	14,25	11,91	10,38
Huislijsten	31,40	36,20	21,00	16,38	15,36	9,21	9,00

Beperkte toegang tot het sociaal overleg

Reeds in 1979 kaartte NCK bij het *Committee on Freedom of Association* (hierna afgekort als CFA) aan dat de organisatie niet kon zetelen in de NAR en de CRB.⁵³ Het Comité volgde de eis niet. Staten hebben immers het recht om representativiteitscriteria te bepalen. Als een organisatie echter een aanzienlijk deel van de kaderleden zou verenigen, zou een uitsluiting waarschijnlijk niet worden getoleerd.⁵⁴ Een dergelijke toets moet niet alleen op het nationale vlak gebeuren, maar ook op het vlak van bijvoorbeeld de sectoren (waardoor de organisatie eventueel in een PC zou kunnen zetelen).⁵⁵

verkiezingen in 1987 (P. BLAISE en M. LISEIN-NORMAN, *Cadres et élections sociales*, *Courrier Hebdomaire du CRISP* 1988, nr. 1094, 28).

⁴⁹ *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 757/1, 49.

⁵⁰ Voor de cijfers van 1987 tot 1995 baseren we ons op P. BLAISE, “Les élections sociale de mai 2000”, *Courrier Hebdomaire du CRISP* 1988, nr. 1706, 32, tabel 14.

⁵¹ Voor de cijfers van 2000-2004: www.werk.belgie.be/publicationDefault.aspx?id=4178. Wegens het absolute overwicht van het ACV in de non-profit hebben we hierbij alleen de cijfers van de profitsector in aanmerking genomen.

⁵² Voor de cijfers van 2008-2012: www.werk.belgie.be/publicationDefault.aspx?id=38014. Ook hierbij hebben we alleen de cijfers van de profitsector genomen wegens het absolute overwicht van het ACV in de non-profit.

⁵³ *Case nr. 918 (Belgium)*, Report nr. 179, november 1979 (te raadplegen via NORMLEX).

⁵⁴ Dit kan *a contrario* worden afgeleid uit *Case nr. 918 (Belgium)*, Report nr. 179, november 1979, § 161, dat uitgaat van 25%.

⁵⁵ *Case nr. 918 (Belgium)*, Report nr. 179, november 1979, § 162: “(...) In the Committee’s opinion, should it be shown – a fact not established up to now – that this organization is the most representative of executive staff in a given sector, then it should be associated, in one way or another,

De kaderleden moeten zich node tevredenstellen met participatie op ondernemingsvlak.⁵⁶ Maar zelfs op dat niveau is er ongelijkheid. NCK is naar het Grondwettelijk Hof gestapt om aan te vechten dat kaderleden zich niet kandidaat kunnen stellen voor de sociale verkiezingen voor het CPBW. De reactie van het Hof – waar de politiek nooit ver weg is – lag in de lijn der verwachtingen.⁵⁷ De wetgever heeft zich – *dixit* het Hof – kennelijk niet onredelijk opgesteld door de kaderleden als aparte groep te weren. De positie van kaderleden in het CPBW is immers niet fundamenteel verschillend van de bediendegroep⁵⁸ en kaderleden kunnen eventueel “stemmen en opkomen op de lijsten van de bedienden”.⁵⁹

Het argument dat kaderleden wat de veiligheidsproblematiek betreft, ‘gewone’ bedienden zijn, lijkt op het eerste gezicht wel hout te snijden, edoch ... Als men de redenering van het Hof doortrekt, zou de samenstelling van de paritaire organen op ondernemingsniveau een zekere flexibiliteit moeten vertonen en de gezamenlijke belangen van werknemers als uitgangspunt moeten nemen. Waarom handhaaft men dan de categorie van ‘jonge werknemers’? Waarom heeft men aparte kiescolleges voor arbeiders en bedienden in bedrijven waar de arbeiders niet onmiddellijk eigen besognes hebben? Of in bedrijven waar sommige leidinggevende arbeiders een bediendestatus hebben, maar wel actief zijn in een productie-eenheid?

Het Hof verwijst in de passussen over de rol van het CPBW expliciet naar de regelgeving met betrekking tot grensoverschrijdend gedrag op het werk.⁶⁰ Door de unieke positie van kaders – tussen hamer en aambeeld – hebben zij op het vlak van stress en GOGW aparte belangen^{61, 62}, waardoor een eigen vertegenwoordiging verantwoord is.

Ook het tweede argument, waarbij wordt gesteld dat leden van NCK kunnen stemmen en opkomen op de lijsten van de bedienden, is kaduuk. NCK’ers en personen die voor de OR op een huislijst staan, kunnen weliswaar stemmen op lijsten van de drie representatieve organisaties, maar ervan uitgaan dat ze zouden kunnen ‘opkomen’ getuigt minstens van wereldvreemdheid, zo al niet van een grenzeloos cynisme. Het idee dat een kaderlid van NCK zich op een lijst van LBC of BBTK zou kunnen laten plaatsen, is grotesk. Ik wil hier niet schermen met allerhande internationaalrechtelijke bepalingen, maar zuiver intuïtief durf ik te

with the work of the competent joint Committee when it deals with matters of particular concern to this category of workers”.

⁵⁶ We laten het Overlegcomité voor Kaderpersoneel even buiten beschouwing. Als de boodschappen op de website van de FOD WASO over dit adviesorgaan (www.werk.belgie.be/defaultTab.aspx?id=364) een indicatie zijn, dan stelt dit niet veel voor.

⁵⁷ GwH 14 november 2012, nr. 142/2012.

⁵⁸ GwH 14 november 2012, nr. 142/2012, B. 7.1.

⁵⁹ GwH 14 november 2012, nr. 142/2012, B. 7.2.

⁶⁰ GwH 14 november 2012, nr. 142/2012, B. 7.1, 24.

⁶¹ In Frankrijk bv. wordt dit onderscheid erkend. Zie J.M. BERGERE en Y. CHASSARD, *A quoi servent les cadres?*, Parijs, Odile Jacob, 2013, 99 e.v.

⁶² Zie ook A. PICHON, *Les cadres à l'épreuve. Confiance, méfiance, défiance*, Parijs, PUF, 2008, 153 e.v.

stellen dat de kans groot is dat een internationaal controleorgaan dat niet besmet is door pragmatisme, zoals het Grondwettelijk Hof, fundamentele bedenkingen zal hebben bij de huidige stand van zaken.

Beperkte toegang tot het sociaal overleg (bis)

Door artikel 7 CAO nr. 5 betreffende het statuut van de vakbondsafvaardiging⁶³ wordt de mogelijkheid tot het voordragen van vakbondsafgevaardigden beperkt tot de organisaties die deze CAO hebben ondertekend. Dit impliceert dat de NCK noch de huislijsten het recht hebben om vakbondsafgevaardigden aan te duiden. Uiteraard kan men dit de wetgever niet verwijten. Cao nr. 5 en alle sectorale CAO's die in het kielzog daarvan werden gesloten, zijn een privéaangelegenheid, tenzij ... de algemeenbindendverklaring wordt aangevraagd. Voor CAO nr. 5 is dit niet gebeurd, maar wel voor de meeste CAO's die in uitvoering hiervan op het sectorale vlak worden gesloten. Mag de Koning een CAO algemeen bindend verklaren waarbij organisaties die zetels haalden tijdens de sociale verkiezingen worden uitgesloten om vakbondsafgevaardigden aan te stellen, terwijl interprofessionele representatieve organisaties die minder zetels haalden (en dus op het vlak van de onderneming minder representatief zijn) wel afgevaardigden mogen aanduiden? Is dit geen discriminatie op grond van vakbondsovertuiging?⁶⁴

Het arbeidshof van Bergen heeft in een arrest van 5 september 2014⁶⁵ over de problematiek van de kadervertegenwoordiging stelling genomen.

In de CAO van 6 februari 1996 gesloten in het paritair comité voor de bedienden van de metaalfabrikatennijverheid⁶⁶ wordt voorzien in de oprichting van een vakbondsafvaardiging door middel van verkiezingen. Door een latere wijziging⁶⁷ werden de effectieve afgevaardigden aangewezen aan de hand van het aantal in de onderneming tewerkgestelde 'gebaremiseerde' en 'baremiseerbare' bedienden. De niet-gebaremiseerde bedienden – onder wie een aantal militanten-kaderleden van LBC – vielen uit de boot. Het Hof meent dat de CAO hierdoor de artikelen 10 en 11 Grondwet schendt in combinatie met de artikelen 23 en 27 Gw., 14 EVRM en 6 HESH. Het gaf de werkgever opdracht om de resultaten van de vorige verkiezingen ongedaan te maken en nieuwe verkiezingen uit te schrijven waaraan de geostraciseerden konden meedoen; dit alles onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 euro per dag.

⁶³ BS 1 juli 1971.

⁶⁴ En dus strijdig met art. 3 wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

⁶⁵ Arbh. Bergen 5 september 2014, AR 2013/AM/102, onuitg.

⁶⁶ Algemeen bindend verklaard bij KB 5 september 2001, BS 7 december 2001.

⁶⁷ Door art. 12 CAO 15 mei 1997, algemeen bindend verklaard bij KB 7 januari 2002, BS 31 januari 2002.

Ik ben het hoegenaamd niet eens met de motivering van het arrest⁶⁸, maar heb wel sympathie voor de centrale stelling dat er geen enkele rechtvaardiging mogelijk is om kaderleden *rücksichtslos* uit te sluiten uit de vakbondsafvaardiging.

Voordelen voor (sommige) vakbondsleden

Vakbondspremies worden alleen toegekend aan leden van organisaties die de CAO hebben ondertekend. Dit heeft tot gevolg dat kaderleden die niet behoren tot een interprofessionele organisatie uit de boot vallen. In het arrest van het Hof van Cassatie van 27 april 1981⁶⁹ heeft het hoogste rechtscollege de praktijk van de voordelen voor vakbondsleden getoetst aan het principe van de vrijheid van vereniging zoals geformuleerd in de wet van 24 mei 1921. Het Hof meende dat een werkgever de voordelen kon beperken tot bepaalde organisaties, maar vermeldde ook dat de organisaties moeten hebben bijgedragen aan het sociaaleconomische leven van de onderneming (*sic*). Wanneer kaderleden de moeite doen om deel te nemen aan sociale verkiezingen, mag men er ook van uitgaan dat ze een substantiële bijdrage leveren, willen leveren of hebben geleverd.⁷⁰ Ook *in casu* rijst dus de vraag of er geen sprake is van discriminatie en/of de Koning een dergelijke wel algemeen bindend mag verklaren.

(Geen) CAO op ondernemingsvlak

Dat een organisatie als NCK niet kan zetelen in de Nationale Arbeidsraad lijkt – rekening houdend met de huidige schaalgrootte – nogal voor de hand te liggen. Maar *quid* wanneer deze organisatie – en ook huisvakbonden – een substantieel draagvlak hebben in de onderneming? In de zaak nr. 2529, *BvL v. België*⁷¹, lijkt het CFA te insinueren dat indien 10% van de werknemers zich verenigt, een dergelijke groep als representatief moet worden beschouwd. Een logische volgende stap lijkt dan dat dergelijke organisaties rechtsgeldig een CAO zouden moeten kunnen sluiten.⁷²

⁶⁸ Binnen het bestek van deze korte bijdrage kan hierop niet worden ingegaan.

⁶⁹ *Arr.Cass.* 1980-81, 972, *Bull.* 1981, 964, concl. J. VELU, *JT* 1981, 410, *JTT* 1981-82, 357, *Pas.* 1981, I, 964, concl. J. VELU, *RW* 1981-82, 1982.

⁷⁰ Zie in dit verband voor een meer klassieke lezing waarbij de representativiteit centraal staat: M. RIGAUX, “À propos de la légalité des avantages réservés aux membres de certains syndicats”, *RCJB* 1983, 352 e.v.

⁷¹ Geconsulteerd via normlex: www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2910495:§ 494 “(...) if the BvL, in the same way as the two former trade unions representing pilots from which the BvL emerged, were affiliated to a national organization meeting the requirements for representative status (defending the interests of all the categories of employees in the services covered by the sectoral committee and being affiliated to an organization established as a federation at the national level), it would be sufficient for it to demonstrate that it meets the criterion of 10 per cent of the employees of the services covered by the sectoral committee in order to participate in its meetings.”

⁷² Ik leg even de link met Case 918, § 162 (zie *supra*): “(...) The Committee considers that the organization which is the most representative of the executive staff must have the right to conclude,

Een ander aspect is dat kaderleden vaak niet betrokken worden bij onderhandelingen over de loon- en arbeidsvoorwaarden. Dit zou geen probleem zijn als er afspraken *à la tête du client* zouden worden gemaakt. Door “het grote aantal kaderleden is dat echter werkelijk niet meer mogelijk. De werkgever sluit dan vaak in een of ander corporatistisch orgaan een overeenkomst over diverse voordelen (zoals vakliteratuur en internetabonnement). Dat gaat allemaal goed tot op het moment dat deze voordelen worden ingetrokken. Daar waar een CAO moet worden opgezegd, *c.q.* een bepaalde duurtijd heeft, worden overeenkomsten met kaderleden soms beëindigd door een oekaze van het topmanagement. De afspraken met de kaderbond(en) hebben niet het karakter van een CAO, waardoor artikel 23 CAO-wet, *i.e.* de automatische incorporatie, niet geldt⁷³ met alle gevolgen van dien. Men kan dan eventueel proberen zich op allerlei juridische constructies te beroepen⁷⁴ waarvan het resultaat onzeker is, maar dit ruikt naar discriminatie.

IV. INTERLUDIUM: LAMENTATIE

Los van de hierboven geschetste problemen die een gevolg zijn van de (kaduke) wetgeving, worden kaderleden anno 2015 ook nog eens geconfronteerd met problemen van een andere orde. Een rondvraag in mijn onmiddellijke omgeving leverde het volgende plaatje op:

- de jobinhoud wordt steeds verder gebureaucratiseerd zodat elke onafhankelijkheid teloorgaat;
- daar waar het kaderlid vroeger een geallieerde was van de werkgever, is hij nu verworden tot kapo: misprezen door de werkvloer, gewantrouwd door het management;
- de gapende kloof tussen het management en de kaders werd door een kaderlid als volgt verwoord: “Eerst was er de personeels-*dienst* (stond ten dienste van het personeel), dan werd het personeels-*zaken* om te eindigen met *HRM*.” Mensen worden resources die moeten opbrengen.⁷⁵ Voor arbeiders/bedienden is het nooit anders geweest. Voor kaderleden is dat een vrij nieuwe situatie;
- onder druk of onder voorwendsel van de crisis wordt bespaard, wat zich uit in het intrekken/verminderen van voordelen die vroeger werden beschouwd

even at the inter-occupational level, collective agreements concerning the specific interests of such staff, and notes that, according to the Government, such a possibility exists within the legal system in force.”

⁷³ Arbrb. Antwerpen 29 april 2014, onuitg., AR 13/821/A.

⁷⁴ Zie W. VAN EECKHOUTTE, “Informeel rechtsbronnen” in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 5, Gent, Mys & Breesch, 1997, 543 e.v.

⁷⁵ Zie ook M. RIGAUX, “De verzwakking van de rechtspositie van de werknemer: een logisch gevolg van de vrijmaking van de markt?” in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 9, Antwerpen, Intersentia, 2014, 38.

- als de paraferalia van het ‘kaderschap’ (bv. het afschaffen van een ‘apart’ bedrijfsrestaurant, de pc is niet langer een ‘personal’ computer en moet tijdens vakantieperiodes worden ingeleverd enz.)⁷⁶;
- door het overaanbod stijgt de interne competitie. Niemand durft nog risico’s te nemen omdat deze – indien het succes uitblijft – worden afgestraft met ontslag. De kunst is om uit het schootsveld van het management te blijven. Of zoals een insider het plastisch uitdrukte: “De wapenspreuk van het kader is: Bukken!”

V. SCENARIO’S

Politici hebben de groep kaderleden nog niet ontdekt. Het aantal parlementaire initiatieven dat in het oog springt, is dan ook vrij beperkt.

Midden jaren zeventig werden wetsvoorstellen ingediend om een ‘kaderraad’ op te richten.⁷⁷ Dit was een orgaan dat parallel aan de ondernemingsraad zou functioneren, maar soortgelijke bevoegdheden had voor één bepaalde personeels-categorie. Nog in het segment van het collectief arbeidsrecht stelde MR recent voor om de CAO-wet te wijzigen⁷⁸, met de bedoeling om representatieve organisaties van kaderleden die ten minste tienduizend leden tellen de mogelijkheid te geven om collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten.⁷⁹

Op het vlak van het individueel arbeidsrecht werd medio jaren zeventig in de Senaat het wetsvoorstel Gillet⁸⁰ en in de Kamer het wetsvoorstel Piérard ingediend.⁸¹ Deze parlementsleden wilden aan kaderleden een aparte status geven naar analogie met de regelgeving voor handelsvertegenwoordigers. De voornaamste verdienste van deze minimalistische voorstellen was dat ze tot inspiratie hebben gediend voor Hubert GOETHALS.⁸² De publicaties die hij hieraan heeft gewijd, zijn immers niet ongemerkt aan de christelijke werkgeverszuil voorbijgegaan.⁸³

⁷⁶ Soms is de besparing zo symbolisch dat men zich niet van de indruk kan ontdoen dat dit veel-
eer bedoeld is als vernedering. Naast de voortdurende reorganisatie(s) en functie-evaluatie is
dit nog een exponent van de permanente ‘terreur’ die wordt gebruikt als middel om de disci-
pline te handhaven in de onderneming.

⁷⁷ *Parl.St.* Kamer 1974-75, nr. 560/1. In dezelfde zin het wetsvoorstel Saint-Remy: *Parl.St.* Senaat
1975-76, nr. 730/1.

⁷⁸ *Parl.St.* Kamer BZ 2014, nr. 79/1. Dit is evenwel een herhaling van een aantal oudere initia-
tieven die vruchteloos zijn gebleven.

⁷⁹ Een (van de vele mogelijke) punt(en) van kritiek (op dit slecht geredigeerde voorstel) is dat,
indien 30% van de werknemers kaderlid zou zijn (zie *supra*), de drempel belachelijk laag is om
mee te mogen doen aan het sectorale overleg, laat staan aan het nationale.

⁸⁰ *Parl.St.* Senaat 1975-76, nr. 734/1.

⁸¹ *Parl.St.* Kamer 1977-78, nr. 309/1.

⁸² H. GOETHALS, “Kaderstatuut”, *E.S.T.* 1978, 377-387; H. GOETHALS, “Juridische benadering van
het statuut van het kaderpersoneel”, *Bulletin van het Centrum voor Arbeidsrecht VUB*, nr. 2,
Brussel, VUB, 1979, 163-174.

⁸³ Voor de tekst m.b.t. het nationale VKW-congres van 20 mei 1976 zie H. GOETHALS, “Kader-
statuut, kadercontract, kadervertegenwoordiging”, *Ondernemen* 1977, 437-451.

Hoewel nu door de geschiedenis ingehaald, gaven een aantal van zijn voorstellen blijk van zeer veel visie.

VI. QUAESTIONES DISPUTATAE

Er bestaat een aparte regeling voor dienstboden, handelsvertegenwoordigers en een rist marginale beroepen (bv. betaalde sportbeoefenaars), maar niet voor kaderleden. Stel dat de wetgever voor deze groep een regeling zou willen uitwerken, waarmee moet dan rekening worden gehouden?

In eerste instantie zou er een sluitende definitie nodig zijn en het is maar zeer de vraag of dat überhaupt mogelijk is.⁸⁴ De omschrijving die bijvoorbeeld voor sociale verkiezingen wordt gehanteerd, is te vaag en leidt tot proliferatie. VANTHOURNOUT onderscheidt aan de hand van de rechtspraak niet minder dan 13 courant gebruikte criteria⁸⁵, wat onwerkbaar is. Waarom niet bepaalde criteria, zoals de loonspanning, in de wet verankeren?

Los van de afbakening van de groep doet zich het probleem van de coherentie (of het gebrek eraan) voor. Ofwel deletet men de kaderleden (in de Bedrijfsorganisatiewet en aanverwanten), ofwel geeft men hun bepaalde rechten.

Hoe zou een minimumprogramma er moeten/kunnen uitzien?

Op het vlak van de sociale dialoog lijken de volgende items cruciaal, uiteraard mits bepaalde representativiteitsdrempels worden gehaald:

- een vertegenwoordiging in zowel ondernemingsraad als CPBW;
- de mogelijkheid om deel uit te maken van de vakbondsafvaardiging;
- de mogelijkheid om collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten.

Idealiter zou een dergelijke oefening kaderen in een grotere operatie waarbij de sociale dialoog op ondernemingsvlak volledig wordt herdacht.⁸⁶

Wat de individueel arbeidsrechtelijke bepalingen betreft, kan een aparte categorie worden opgenomen in de Arbeidsovereenkomstenwet. Ook hier lijkt het wenselijker dat dit een onderdeel is van een operatie waarbij de hele Arbeidsovereenkomstenwet een make-over krijgt.

In het huidige ontslagrecht is de opzegtermijn/opzegvergoeding gekoppeld aan de anciënniteit. Bij het beëindigen van de overeenkomst door de werkgever is

⁸⁴ Zie M. GARSOU en D. VAN DEN HOVE, "Les cadres d'entreprise : représentations et stratégies", *Annales de sciences économiques appliquées* 1982, 99-118.

⁸⁵ J. VANTHOURNOUT, *Praktijkgids sociale verkiezingen 2012*, Antwerpen, Standaard uitgeverij, 2011, 140-141. Zie ook voor een nauwkeuriger analyse van de kakofonie J. VANTHOURNOUT en A. LEURS, "Overzicht rechtspraak sociale verkiezingen 2004-2008" in P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT (eds.), *De sociale verkiezingen ontrafeld*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 93 e.v.

⁸⁶ Voor een aanzet zie P. HUMBLET, "Naar een hervorming van de sociale dialoog in de onderneming" in P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT (eds.), *De sociale verkiezingen doorgelicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 241-259.

het evenwel niet meer dan billijk dat ook de grote(re) betrokkenheid bij de onderneming wordt gehonoreerd. Hoezeer ik ook bewondering heb voor het pragmatisme van de nieuwe ontslagregeling, kan ik er toch niet naast kijken dat bij het uittekenen ervan vooral/uitsluitend rekening werd gehouden met economische imperatieven. De loyaliteit van de werknemer wordt op geen enkel moment erkend, ook niet voor kaderleden van wie per definitie méér wordt verwacht dan van een werknemer die zijn acht uren draait. Hoe kan dit gehonoreerd worden?

Door middel van een ‘k(aderlid)-bonus’ zou de opzegtermijn-/vergoeding kunnen worden vermenigvuldigd met een bijvoorbeeld door de NAR vastgelegde coëfficiënt; een alternatief is een variant van de formule-Claeys. Een andere mogelijkheid bestaat erin om te voorzien in een extra vergoeding boven op de opzegvergoeding, uitgedrukt in weken/maanden naar analogie met de uitwinningvergoeding voor handelsvertegenwoordigers.

Niet alleen bij het definitief verlaten van de onderneming moet de loyaliteit worden beloond, ook tijdens de uitvoering ervan. Dit impliceert zeker dat de uitsluiting van werknemers uit het toepassingsgebied van de arbeidsduurregeling niet langer wordt gekoppeld aan de ‘leidende functie’ of de ‘vertrouwenspost’. Werknemers moeten uit het toepassingsgebied van de arbeidsduurregeling kunnen worden uitgesloten, maar de link met het kaderlid mag niet automatisch worden gemaakt. De huidige situatie is sowieso niet houdbaar.

Het dwarsbomen van vakorganisaties door kunstmatig werknemers te bevorderen, wordt door het CFA gegispt.⁸⁷ Zou het dan kunnen instemmen met het kunstmatig bevorderen van bedienden om – zoals nu vaak het geval is⁸⁸ – de arbeidsduur te ontwijken? Een bijkomend argument is dat artikel 23, 2° Grondwet een recht op de bescherming van de gezondheid oplegt. Is regelgeving die – *ex absurdo* – een werkweek van 168 uren niet in de weg staat hiermee niet strijdig; *c.q.* kan een werkgever die een kaderlid afbeult misschien zelfs niet worden veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding?⁸⁹ En voorziet artikel 23,1° Grondwet niet in een recht op billijke beloning?

Wie méér uren klopt dan waarin wettelijk voorzien is, zou hiervoor een vergoeding moeten krijgen. Met het oog hierop zou in elk geval een sluitend tijdsregistratiesysteem geïnstalleerd moeten worden⁹⁰, het equivalent van de witte kassa.

⁸⁷ *Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Genève, International Labour Office, 2006, nr. 252.

⁸⁸ Er zijn mij gevallen bekend van bedrijven waar werknemers een bevordering krijgen om niet in de vermaledijde categorie van de kaders terecht te komen.

⁸⁹ Vgl. Cour d’appel de Paris 30 juni 2011 S10/05831 LMD (geraadpleegd via www.souffrance-et-travail.com/media/pdf/ARRET_CA_TASS_30-Juin.pdf), dat een vonnis bevestigde, waarbij een bedrijf werd veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding van 41.000 euro wegens een onmenselijke werklust die een hartinfarct had veroorzaakt.

⁹⁰ Zie P. BOUFFARTIGUE, “La crise d’un salariat de confiance. Les cadres déstabilisés” in *Les nouveaux rapports de classe*, Actuel Marx n° 26, Parijs, PUF, 1999, 61, die erop wijst dat kaders vaak vragende partij zijn voor een “*retour à la pointeuse*”.

Indien de denkoefening meer zou inhouden dan wat freewheelen – zoals ik hier doe – kan er nog veel meer uit de bus komen.

30 JAAR LATER

Is de kans niet reëel dat door de stijgende scholingsgraad bijna iedereen langzamerhand in aanmerking komt om tot kaderlid gepromoveerd te worden? Wordt het dan ook niet tijd om terug te keren naar de bron en om – net zoals in de Arbeidsovereenkomstenwet 1900 – de subalterne kaderleden min of meer gelijk te stellen met bedienden? Door deze groep als *werknemers* te beschouwen – wat ze ook wel zijn – zouden ze volwaardige partners worden in de sociale dialoog, wat ze nu niet zijn. Misschien dat de sociale verkiezingen in 2020, meer dan dertig jaar na de bijdrage van Marc RIGAU, een richtpunt kunnen zijn voor een regeling die een einde maakt aan de verdeel-en-heerspolitiek?⁹¹

⁹¹ Kopij afgesloten medio mei 2015.

COLLEGIALE EN COLLECTIEVE ARBEIDSVERHOUDINGEN IN DE PUBLIEKE SECTOR

Ria JANVIER

Gewoon hoogleraar – Universiteit Antwerpen

Inger DE WILDE

*Onderzoeker Steunpunt Bestuurlijke Organisatie Vlaanderen –
Universiteit Antwerpen*

I. COLLEGIALE ARBEIDSVERHOUDINGEN¹

Wat wij als professoren wellicht onvoldoende beseffen, is de indruk die wij al dan niet maken op onze studenten, onze onderzoekers, onze collega's. Als ik mijzelf even terug in de tijd parachuteer, dan komen bij mij diverse herinneringen aan professor Marc RIGAUX bovendrijven. De centrale onderzoeksvraag van dit persoonlijk getinte deel luidt dan ook: "Wat heeft de persoon van professor Marc RIGAUX betekend in mijn professionele bestaan?" Voor het beantwoorden van deze vraag bestaat er geen geëigende onderzoeksmethodologie: tasten in het geheugen is de enige optie. Maar als bepaalde zaken en ervaringen nog zo diep in de memorie staan gegrift, mag met een aan de zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden aangenomen dat het resultaat van deze zelfbevraging voldoende valide en betrouwbaar is. Uiteraard zijn er de feiten, de perceptie en de interpretatie. Collega RIGAUX zal me willen vergeven als zijn en mijn perceptie niet per definitie identiek zijn.

In mijn studententijd kwam het vak 'arbeidsrecht' pas aan bod in de tweede licentie rechten. Het meest opvallende aan professor RIGAUX als titularis van dit opleidingsonderdeel was dat hij college gaf zonder ook maar één blik te werpen op zijn cursus, die hij overigens wel stevast bij zich had. Dit nam niet weg dat hij erin slaagde om de tekst ervan vrijwel letterlijk te debiteren; je moet het

¹ Deze ontboezemingen werden alleen door de eerste helft van het auteurskoppel geformuleerd.

maar doen. Die cursus vormde trouwens later de basis voor de *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*², die intussen aan zijn zesde editie toe is.

Opnieuw naar de lessen arbeidsrecht. Ik weet nog goed dat – zoals trouwens het geval was bij de meeste professoren – op het einde van het trimester (jawel, het trimester: tien weken les, één week blok, één week examen) professor RIGAUX ietwat in tijdnood geraakte. Het laatste college was er één om u tegen te zeggen. Het vond plaats op een zaterdagvoormiddag in december 1981 in het – voor insiders – haast legendarische gebouw D op de campus van toentertijd nog de Universitaire Instelling Antwerpen. Het was bar koud en het had gesneeuwd. Niet verwonderlijk dus dat slechts een beperkte schare diehards bij die les aanwezig was. Nochtans ging het om een van de belangrijkste thema's, althans volgens mijn subjectieve oordeel: de regeling van de collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector, en dat op een moment dat er eigenlijk nog geen sprake was van een volwaardig vakbondsstatuut in de publieke sector. Dat dit een boeiend onderwerp blijft, daarvan getuigt de voorliggende bijdrage aan dit huldeboek (*infra*, II).

Op naar het derde licentiaatsjaar dan, waarin iedere student in de rechten mocht kiezen voor drie zogenoemde grondige studies. Mijn persoonlijke keuze viel op fiscaal recht, socialezekerheidsrecht en jawel ... arbeidsrecht. Ik kan me – als was het gisteren – nog voor de geest halen dat professor RIGAUX een lijst met thema's voor ons werkstuk bekendmaakte waar hij bij het onderwerp “cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen” een stip had geplaatst. De bedoeling was namelijk dat deze vernieuwende topic tot op het bot zou worden uitgespit en dat het resultaat van deze studie zou uitmonden in een heuse publicatie. Wie wenste die uitdaging aan te gaan? Studiegenoot Ludo BAMMENS en ik zijn ervoor gegaan.

En zo lag professor RIGAUX aan de basis van mijn allereerste publicatie, een hoofdstuk in het verslagboek van de reeks *Actuele problemen van het arbeidsrecht 1*.³ Tegelijk werd ik voor de leeuwen geworpen: afgestudeerd in juli 1983, voordracht in die cyclus in september 1983 voor meer dan tweehonderd professionals uit het vakgebied. Nou moe.

Eigenlijk was ik – veeleer toevallig – al een maand eerder in de vakgroep sociaal recht terechtgekomen voor een kortlopend onderzoeksproject onder leiding van Josse VAN STEENBERGE. De vakgroep sociaal recht, jawel: de eerste en anno 1983

² De meest actuele versie is P. HUMBLET (ed.), M. RIGAUX (ed.), R. JANVIER, J. PEETERS, W. RAUWS, K. VAN DEN LANGENBERGH en A. VAN REGENMORTEL, *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, zesde editie, 410 p.

Zie ook P. HUMBLET (dir.), M. RIGAUX (dir.), R. JANVIER, W. RAUWS et V. LAUVAUX, *Aperçu du droit du travail belge*, Brussel, Bruylant, 2004, 460 p.

³ R. JANVIER en L. BAMMENS, “Cumulatie van de gewone opzeggingsvergoeding met andere arbeidsrechtelijke vergoedingen” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 1*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 285-333, nrs. 364-470.

zowaar de enige ‘vakgroep’ binnen de rechten, een concept dat zelfs officieel bestond, lang vooraleer er sprake was van wat nu gevestigde onderzoeksgroepen zijn. Door velen benijd, door anderen (soms ook wel dezelfde) verguisd, getuige onder meer de quote “sociaal recht is geen recht, maar reglementering”.⁴

Aan het hoofd van deze vakgroep, met een meer dan voldoende kritische massa om het naar de actuele normering te vertalen: het duo VAN STEENBERGE – RIGAUX. Twee totaal verschillende persoonlijkheden. Misschien is het nog niet opgevallen, maar ik heb het lang moeilijk gehad om professor RIGAUX met Marc aan te spreken, professor VAN STEENBERGE daarentegen was van in het begin ‘de Josse’, punt. Eigenlijk is er nooit een moment geweest waarop professor RIGAUX voorstelde om hem Marc te noemen; pas na enige tijd en veel aarzelen werd professor RIGAUX langzaam maar zeker Marc.

Aangezien onze vakgroep (te) groot was, werden wij in september 1983 verbannen van de derde verdieping in gebouw R, waar het departement rechten huisde, naar de tweede verdieping, bij de het departement politieke en sociale wetenschappen. Mee daardoor werd de band tussen de leden van de onderzoeksgroep misschien nog hechter en tegelijk hadden we een uitstekend contact met de pol-en-soc’ers, in een periode dat inter- en multidisciplinariteit nog niet echt een issue waren.

Vervolgens brak voor mij de fase van het doctoraatsonderzoek aan, als aspirant bij het Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek. Promotor: Josse VAN STEENBERGE. Coach in de coulissen: Marc RIGAUX. Niemand die ooit het doctoraatstraject heeft doorlopen, zal ontkennen dat dit eenzame arbeid is: het is ploeteren, zoeken, herbeginnen, twijfelen, jezelf deadlines opleggen ... Josse ging ervan uit dat wij groot genoeg waren om onze plan te trekken. Marc RIGAUX van zijn kant was vooral bekommerd, in alle oprechtheid. Met mijn onderzoeksthema was Marc niet vertrouwd, maar wel met de doornen op het pad van rozen dat naar de doctorstitel leidt. Ik heb het aan Marc te danken dat mijn proefschrift binnen de vier jaar afgerond geraakte doordat hij mij op geregelde tijdstippen heeft gestimuleerd, geenszins autoritair, veeleer bemoedigend. Hij heeft me vooral ook bijgebracht dat een doctoraat slechts een etappe is, geen levenswerk. Het komt erop aan dat het ooit ‘af’ geraakt; dat vergt keuzes en het motiveren van die keuzes, ook al heb je van jezelf de indruk dat je maar de helft hebt kunnen realiseren van wat je allemaal had willen doen, onderzoeken, verbeteren ... Marc als coach ‘avant la lettre’, op zijn eigen en eigengereide manier.

Voor het overige moet ik steevast glimlachen bij de gedachte aan de wijze waarop wij als onderzoekers werden gemanaged binnen de vakgroep sociaal recht. Geen van ons moest de illusie koesteren dat na het verdedigen van ons doctoraat er ook

⁴ Ik geef er de voorkeur aan om bij dit citaat geen bron te vermelden. De betrokken collega, intussen emeritus, zal deze uitspraak zonder twijfel eveneens (h)erkennen.

maar enig uitzicht bestond op een academische carrière. Geen loopbaanbegeleiding of bijzondere aandacht voor het verwerven van bijkomende competenties die ons sterker zouden maken en voorbereiden op de gewone arbeidsmarkt, neen, gewoon klare en duidelijke taal. Vanwaar die glimlach dan? Wel, als ik het loopbaanpad van mijn toenmalige collega-onderzoekers of assistenten in ogenschouw neem, dan valt het op dat de vakgroep sociaal recht veel van zijn zonen en dochters heeft uitgezonden naar universiteiten over het hele land. Ik vermeld er een aantal uit mijn tijd, zij het dat er daarna nog vele anderen zijn gevolgd: Wilfried RAUWS, momenteel decaan aan de rechtenfaculteit van de Vrije Universiteit Brussel en ook verbonden aan de Universiteit Maastricht, Anne VAN REGENMORTEL als opvolger van Josse VAN STEENBERGE aan de Universiteit Antwerpen en ook voordien altijd al deeltijds blijven plakken, Patrick HUMBLET, die onmiddellijk na zijn doctoraatsverdediging met open armen is ontvangen door de Universiteit Gent, daarin later gevolgd door Yves JORENS en zijn uitgebreide internationale netwerk, Filip DORSSEMONT, die aan de Université Catholique de Louvain hoogdagen beleefd waardoor hij zelfs existentiële vragen heeft bij welke nu zijn '*langue maternelle*' is ... Zelf ben ik toevallig bij de faculteit sociale wetenschappen van de Universiteit Antwerpen terechtgekomen, je weet wel, die leuke bende van de tweede verdieping. Allemaal renpaarden uit dezelfde Antwerpse stal zijn getemd en afgepeigerd door Josse en gedresseerd door Marc.

Kortom, Marc: je hebt indruk op mij gemaakt als student, als onderzoeker en als collega; je hebt een onuitwisbare indruk nagelaten in het raam van onze collegiale arbeidsverhoudingen.

Maar laten we, na deze persoonlijke ontboezemingen, terugkeren naar de orde van de dag en de focus verleggen naar de collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector. Het collectief arbeidsrecht heeft Marc RIGAUX altijd zeer nauw aan het hart gelegen. Het was voor mij als toenmalig jonkie dan ook een bijzonder genoeg dat hij bereid was om zijn enorme knowhow met mij te delen en mij de verschillen duidelijk te maken tussen de collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Deze samenwerking resulteerde in 1987 in een gemeenschappelijke bijdrage, opgenomen in het verslagboek van een congres van de Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen.⁵ Bijna dertig jaar later is de tijd rijp om zowel terug te kijken als vooruit te kijken: een terugblik op het gedachtegoed van Marc en een visie op de toekomst van het vakbondsstatuut in de overheidssector.

⁵ R. JANVIER en M. RIGAUX, "Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking" in BELGISCHE VERENIGING VOOR ARBEIDSVERHOUDINGEN (BVVA), *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1987, 37-139.

II. COLLECTIEVE ARBEIDSVERHOUDINGEN IN DE PUBLIEKE SECTOR

A. ONBEKEND EN ONBEMIND

Daar waar de rechtsleer op het domein van het collectief arbeidsrecht overvloedig is, kan dat bezwaarlijk worden gezegd van de wetenschappelijke bijdragen die inzoomen op de collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector.⁶ Het vakbondsstatuut verdient dus wel degelijk het predicaat: onbekend⁷, onbemind en tegelijk ook behoorlijk gecompliceerd, *annex* gefragmenteerd.

Voor een goed begrip gaan we van start met een schematische – en dus per definitie sterk vereenvoudigde – voorstelling van de belangrijkste verschilpunten tussen het collectief overleg in de particuliere en de publieke sector. Vervolgens diepen we één potentieel en tegelijk vernieuwend ‘verbeterpunt’ op het vlak van de collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector verder uit, meer bepaald het denkspoor van afdwingbare akkoorden in de publieke sector. Wat leveren onze eerste bevindingen in dat verband op? Welke zijn de ontbrekende schakels om de cirkel rond te kunnen maken? Mogen we besluiten dat het vakbondsstatuut aan een grondige herziening toe is?

⁶ Zie onder meer C. DUMONT, “Les relations collectives de travail dans la fonction publique” in M. DUMONT (ed.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Limal, Anthemis, 2008, 401-470; J. JACQMAIN, “Les relations collectives dans le secteur public” in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre de droit du travail*, Brussel, Bruylant, 2005, 383-409; R. JANVIER en P. HUMBLET, *Ambtenarenrecht. I. Vakbondsstatuut. Collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector in rechte en in de feiten*, Brugge, die Keure, 1998, 299 p.; A. LUCAS, *Het vakbondsstatuut in de publieke sector*, Brussel, Politeia, 2013, 209 p.; L. MARKEY, *Les relations collectives dans le secteur public – De la concertation à la protestation*, La collection du pratique du droit, n° 60, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, 168 p.; E. PEREMANS, “Les relations sociales” in J. SAROT, *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, 597-667.

⁷ Voor een beknopte beschrijving van de grote lijnen van het vakbondsstatuut kan de geïnteresseerde lezer zich verlaten op R. JANVIER, I. DE WILDE en P. HUMBLET, “Leçon 5 – Les relations collectives de travail: théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables” in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l’Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Brugge, la Charte, 2015, 277-300.

B. VERSCHILLEN MET HET COLLECTIEF ARBEIDSRECHT IN DE PRIVÉSECTOR

De hierna volgende tabellen geven de meest essentiële verschillen weer tussen de regeling van de (vreedzame⁸) gestructureerde⁹ collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere sector *versus* de publieke sector.

⁸ Vreedzame collectieve arbeidsverhoudingen staan tegenover collectieve arbeidsconflicten die in het raam van deze vergelijking buiten beschouwing blijven. Collega Marc RIGAUX zal het misschien betreuren dat we ons niet hebben gefocust op de collectieve arbeidsconflicten in de publieke sector, gegeven de focus van zijn proefschrift (zie M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 527 p.). Maar laten we hem geruststellen: ook dit thema heeft ons nooit losgelaten. We refereren aan R. JANVIER, I. DE WILDE en P. HUMBLET, "Leçon 5 – Les relations collectives de travail: théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables", in R. JANVIER (ed.) *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Brugge, la Charte, 2015, 315-322, en de verwijzingen aldaar.

⁹ Gestructureerd overleg staat tegenover niet-gestructureerd overleg dat niet verloopt via door de wet opgerichte organen. In 1987 merkte Marc RIGAUX op dat zowel in de particuliere als in de publieke sector het informeel en niet-gestructureerd overleg vaak inhoudelijk belangrijker zijn dan het formeel gestructureerd overleg (R. JANVIER en M. RIGAUX, "Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking" in BELGISCHE VERENIGING VOOR ARBEIDSVERHOUDINGEN (BVVA), *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1987, 113). Dat is correct, dat 'ervaren' we, maar om deze stelling hard te maken, is meer en andersoortig dan louter juridisch onderzoek nodig.

Tabel 1.1. Vergelijkende schets van de gestructureerde collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere en de publieke sector

GRONDSLAGEN EN KENMERKEN VAN DE GESTRUCTUREERDE COLLECTIEVE ARBEIDSVERHOUDINGEN	
PARTICULIERE SECTOR¹⁰	PUBLIEKE SECTOR
(Grondwettelijk verankerde) positieve en negatieve verenigingsvrijheid Syndicale vrijheid wat onder andere onderling onafhankelijke vakorganisaties van werkgevers en werknemers impliceert die ook onafhankelijk zijn van de overheid	(Grondwettelijk verankerde) positieve en negatieve verenigingsvrijheid Syndicale vrijheid, maar volgens bepaalde internationale rechtsbronnen is het mogelijk om deze beperkter op te vatten ten overstaan van het overheidspersoneel
Onderhandelingsvrijheid als afgeleide van de contractvrijheid en de wilsautonomie Geen onderhandelingsplicht ¹¹ , net zomin als een recht op collectieve onderhandelingen	Geen onderhandelingsvrijheid Wel onderhandelingsplicht
Beperkingen aan de onderhandelingsvrijheid om juridisch bindende akkoorden te sluiten: <ul style="list-style-type: none"> – Enkel in materies die als arbeidsverhoudingen worden gekwalificeerd – Uitsluitend door als representatief gekwalificeerde organisaties – Onder andere 'neerlegging' als vormvereiste 	Geen mogelijkheid om tot juridisch bindende akkoorden te komen
Facultatief en pluralistisch syndicalisme, met slechts een beperkt aantal in de particuliere sector actieve vakorganisaties	Facultatief en pluralistisch syndicalisme, met een groot aantal in de publieke sector actieve 'erkende' vakorganisaties

¹⁰ Zie onder meer G. COX, M. RIGAUX en J. ROMBOUTS (eds.), *Collectief onderhandelen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 390 p.; G. COX en M. RIGAUX (eds.), *De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 137 p.

¹¹ Abstractie gemaakt van de voorafgaande adviesverplichting bij een door de overheid voorgenomen wijziging van bepaalde arbeidsrechtelijke wetgeving.

Tabel 1.2. Vergelijkende schets van de gestructureerde collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere en de publieke sector

PARTIJEN BIJ DE GESTRUCTUREERDE COLLECTIEVE ARBEIDSVERHOUDINGEN	
PARTICULIERE SECTOR	PUBLIEKE SECTOR
Tweeledige verhoudingen Soms drieledig gestructureerd overleg met de overheid als derde partij, vooral over de te voeren sociale politiek of tewerkstellingspolitiek	Uitsluitend tweeledige verhoudingen, met de overheid als werkgever en als partij
Werkgeverszijde: ‘representatieve’ werkgeversorganisaties	Werkgeverszijde: politiek verantwoordelijken (onderhandeling), samen met administratief verantwoordelijken (overleg) Op het niveau van de provinciale en plaatselijke overheden: geen officiële vertegenwoordiging van ‘werkgeversorganisaties’
Werknemerszijde: algemene werknemersorganisaties met een interprofessionele structuur als representativiteitscriterium Uitzondering: categoriale organisaties van het kaderpersoneel in het raam van de verkiezingen van de werknemersdelegatie in de ondernemingsraad	Werknemerszijde: deelname aan onderhandeling en overleg door vakorganisaties die voldoen aan de representativiteitscriteria (onder meer zitting hebben in de Nationale Arbeidsraad) en eventueel een vierde vakbond die beantwoordt aan de representativiteitsvoorwaarde van een minimumaantal leden van 10% Aantal prerogatieven voor ‘erkende’ vakorganisaties
Gesloten systeem	Meer open systeem
Sociale verkiezingen op ondernemingsvlak die indirect ook meespelen om de sterkte van de afvaardigingen van de drie representatieve vakorganisaties op sectoraal vlak te bepalen	Geen sociale verkiezingen en dus ook geen echte indicator van de feitelijke representativiteit

Tabel 1.3. Vergelijkende schets van de gestructureerde collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere en de publieke sector

COLLECTIEF OVERLEG ¹²	
PARTICULIERE SECTOR	PUBLIEKE SECTOR
<i>Algemeen</i>	
Recht op informatie en advies	Deels via de prerogatieven van de vakorganisaties
Recht op medebeslissing	Onbestaande
Onderhandeling resulterend in juridisch bindende akkoorden	Verplichting tot onderhandeling of overleg als substantiële vormvereiste
<i>Juridische basis</i>	
CAO-wet ¹³	Vakbondsstatuut 1974 ¹⁴
Federale materie	Federale materie, tenzij voor de sector onderwijs, waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn
<i>Toepassingsgebied ratione personae</i>	
Alle werkgevers uit de particuliere sector en hun werknemers	Zeer groot aantal publiekrechtelijke werkgevers en hun voltallige personeel, met andere woorden met inbegrip van de contractanten
Zeer beperkt aantal publiekrechtelijke werkgevers	Aparte regelingen voor onder andere het leger, de politie en de economische overheidsbedrijven

¹² Collectief overleg wordt hier begrepen in de brede betekenis van het woord en mag niet worden verward met het overleg in de publieke sector, dat naast de onderhandelingen één van de vormen is waarop de overheid in dialoog dient te treden met de representatieve vakorganisaties.

¹³ CAO-wet staat voor de wet 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités (BS 15 januari 1969).

¹⁴ Het vakbondsstatuut gaat terug op de wet 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel (BS 24 december 1974). Wij korten deze wet af als *Wet Vakbondsstatuut*. De belangrijkste uitvoeringsbesluiten zijn het KB 28 september 1984 tot uitvoering van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel (BS 20 oktober 1984; err., BS 4 december 1984) en het KB 29 augustus 1985 tot aanwijzing van de grondregelingen in de zin van artikel 2, § 1, 1° van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel (BS 2 oktober 1985).

Tabel 1.4. Vergelijkende schets van de gestructureerde collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere en de publieke sector

COLLECTIEF OVERLEG ¹⁵	
PARTICULIERE SECTOR	PUBLIEKE SECTOR
<i>Juridische basis</i>	
<i>Toepassingsgebied ratione materiae</i>	
Uitgaande van de wettelijke definitie van een collectieve arbeidsovereenkomst, kunnen CAO's materies regelen die hetzij behoren tot de individuele of collectieve arbeidsverhoudingen, hetzij betrekking hebben op de contractuele rechten en verplichtingen van de contracts-partijen.	De onderhandelings- en overlegmateries zijn op een gedetailleerde wijze beschreven in de Wet Vakbondsstatuut, het uitvoeringsbesluit van 28 september 1984 en het 'grondregelingen-besluit' van 29 augustus 1985.
Ruime opvatting van het begrip 'werknemer' in zoverre een CAO ook rechten kan creëren voor of verplichtingen opleggen aan gewezen werknemers of potentiële werknemers.	Verplichting tot voorafgaande onderhandeling over de grondregelingen betreffende het administratief statuut, de bezoldigingsregeling, de pensioenregeling en de betrekkingen met de vakorganisaties en de organisatie van de sociale diensten en over de algemene regels met het oog op de latere vaststelling van de personeelsformatie en betreffende de arbeidsduur en de organisatie van het werk
Overwicht van het beginsel van de onderhandelingsvrijheid	Verplichting tot voorafgaand overleg over de hierboven aangegeven materies die niet als grondregeling werden aangemerkt en de meer operationele facetten met betrekking tot de vaststelling van de personeelsformatie, de arbeidsduur en de organisatie van het werk Facultatief overleg over maatregelen met het oog op de verbetering van de menselijke betrekkingen en de verhoging van de productiviteit
Eigen bevoegdheden van het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk	Uitgeoefend door de overlegcomités

¹⁵ Collectief overleg wordt hier begrepen in de brede betekenis van het woord en mag niet worden verward met het overleg in de publieke sector dat naast de onderhandelingen één van de vormen is waarop de overheid in dialoog dient te treden met de representatieve vakorganisaties.

Tabel 1.5. Vergelijkende schets van de gestructureerde collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere en de publieke sector

COLLECTIEF OVERLEG	
PARTICULIERE SECTOR	PUBLIEKE SECTOR
<i>Onderhandelings- en overlegstructuren</i>	
<i>Sociale bedrijfsorganisatie</i>	<i>Onderhandelingscomités</i>
Nationaal interprofessioneel: Nationale Arbeidsraad bevoegd voor alle bedrijfstakken in de particuliere sector	Intersectoraal: Gemeenschappelijk Comité voor alle Overheidsdiensten (comité A)
Nationaal / gewestelijk professioneel: paritaire (sub)comités opgericht per bedrijfstak of voor een categorie personeel van deze bedrijfstak Geen paritaire comités die bevoegd zijn voor meerdere bedrijfstakken tezamen	Comité voor de nationale, de gemeenschaps- en de gewestelijke overheidsdiensten (comité B) en sectorcomités (comités D) Comité voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten (comité C), met twee afdelingen: gewoon personeel (met zes onderafdelingen) en personeel van het officieel gesubsidieerd onderwijs (met drie onderafdelingen)
Ondernemingsniveau – Buiten paritair orgaan – Met vakbondsafvaardiging/(gewestelijk) secretaris	Sectorcomités (comités D) op het niveau van de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten Bijzondere comités (comités E) en afzonderlijke bijzondere comités (comités E') op het niveau van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten
<i>Geen equivalent</i>	<i>Overlegcomités</i>
	Hoog overlegcomité // gebied sectorcomité of (afzonderlijk) bijzonder comité
	Tussenoverlegcomités (facultatief)
	Basisoverlegcomités (verplicht voor de federale, gemeenschaps- en gewestoverheden – facultatief voor de provinciale en plaatselijke overheden)

Tabel 1.6. Vergelijkende schets van de gestructureerde collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere en de publieke sector

COLLECTIEF OVERLEG	
PARTICULIERE SECTOR	PUBLIEKE SECTOR
<i>Andere vormen van collectief overleg</i>	
Ondernemingsraad	Geen tegenhanger
Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk	Overlegcomités Eventueel speciaal overlegcomité dat enkel bevoegd is voor preventie en bescherming op het werk van diensten die afhangen van diverse overheden en die hetzelfde gebouw betrekken
(Vakbondsafvaardiging)	(Geen vaste vakbondsafvaardiging)
<i>Samenstelling</i>	
Paritair, dit wil zeggen een gelijk aantal vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemerszijde	Geen pariteit
Op ondernemingsvlak verkozen vaste werknemersafgevaardigden voor de ondernemingsraad en het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk en hun plaatsvervangers	Op de voorzitter en de eventuele ondervoorzitter na, geen vaste samenstelling van de delegaties van de overheidswerkgever, noch van de kant van de representatieve vakorganisaties Wel een maximumaantal bepaald voor bepaalde comités
Niet bepaald	Mogelijkheid om technici te betrekken

Tabel 1.7. Vergelijkende schets van de gestructureerde collectieve arbeidsverhoudingen in de particuliere en de publieke sector

COLLECTIEF OVERLEG	
PARTICULIERE SECTOR	PUBLIEKE SECTOR
<i>Resultaat van onderhandeling en overleg</i>	
Collectieve arbeidsovereenkomst	Onderhandeling = protocol
Juridisch bindend	Geen juridische, enkel morele <i>annex</i> politieke binding
Juridische sanctionering bij niet-naleving, weliswaar verschillend naargelang van de aard van de clausule die niet werd nageleefd en volgens de wijze waarop de binding van de CAO is georganiseerd	Enkel 'sanctionering' bij niet-naleving van de substantiële vormvereiste bestaande uit de (formele) verplichting tot onderhandeling of overleg
Reglementerend optreden van de ondernemingsraad door het opstellen of wijzigen van het arbeidsreglement dat een juridisch bindend stuk is	Overleg = gemotiveerd advies dat totaal geen juridische waarde heeft en ook een mindere morele <i>annex</i> politieke verbintenis inhoudt in vergelijking met het protocol

C. NAAR AFDWINGBARE AKKOORDEN IN DE PUBLIEKE SECTOR?¹⁶

1. *Probleemstelling*

Het sociaal overlegmodel in de publieke sector in België vertrekt van een totaal verschillend uitgangspunt dan dat in de private sector. Het vakbondsstatuut voorziet weliswaar in een verplichting van de kant van de overheidswerkgever(s) om te onderhandelen of te overleggen met de representatieve vakorganisaties, maar dit is enkel een vormvereiste. De resultaten van de onderhandelings- of de overlegprocedure tussen de betrokken overheidswerkgever en de representatieve vakbonden hebben hoogstens de waarde van *gentlemen's agreements* – of noem het politieke verbintenissen – en zijn vanuit een juridisch perspectief niet rechtstreeks afdwingbaar. Een protocol, dat het resultaat is van de onderhandelingsprocedure, zal pas effect sorteren nadat de betrokken overheden de gemaakte afspraken ook effectief hebben geïmplementeerd in bindende regelgeving, zoals een wet of een decreet, een koninklijk besluit, een decreet, een besluit van een gemeenschaps- of gewestregering, een rechtspositieregeling ... Die implementatie kan niet juridisch worden afgedwongen door de overheidspersoneelsleden of de vakbonden en berust louter en alleen op de goodwill van de betrokken overheid(swerkgever).

“Op zichzelf is het juridisch niet gebonden zijn van de overheid niet onoverkomelijk, indien het gebrek aan juridische binding kan worden gecompenseerd door syndicale macht en door machtsverhoudingen die de overheid tot het respecteren van het onderhandelingsakkoord dwingen.”

Deze stelling¹⁷ van Marc RIGAUX behoudt uiteraard nog steeds haar waarde. Let wel op de ingesloten voorwaardelijkheid: syndicale macht en machtsverhoudingen zouden het gebrek aan juridische afdwingbaarheid van de in de publieke sector gesloten akkoorden ‘kunnen’ compenseren. Intussen zijn wij echter steeds meer geneigd om de klemtoon te verplaatsen naar de juridische afdwingbaarheid. Ook Marc RIGAUX erkent dit deficit.¹⁸

¹⁶ Deze gedachte hebben we geopperd in R. JANVIER, I. DE WILDE en P. HUMBLET, “Leçon 5 – Les relations collectives de travail: théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables” in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruges, la Charte, 2015, 309-313. Die werd meer ten gronde uitgewerkt door I. DE WILDE, “Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector. Een tweeluik. Deel 2: Over dromen, daden, wetten en praktische bezwaren”, *TSR* 2015/1-2, 338-370, waarop deze samenvatting is gebaseerd.

¹⁷ R. JANVIER en M. RIGAUX, “Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking” in BELGISCHE VERENIGING VOOR ARBEIDSVERHOUDINGEN (BVVA), *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1987, 104.

¹⁸ R. JANVIER en M. RIGAUX, “Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking” in BELGISCHE VERENIGING VOOR

“De afwezigheid van juridisch bindende kracht van de akkoorden vormt de grote zwakheid in het onderhandelingsstelsel, dat de wet van 19 december 1974 heeft uitgewerkt.”

Concreet rijst de vraag of een (r)evolutie naar een stelsel van juridisch bindende en afdwingbare collectieve akkoorden (g)een versterking zou betekenen voor het sociaal overleg in de publieke sector. We onderzoeken hierna alvast enkele scenario's die de sociale dialoog in de publieke sector meer inhoudelijke slagkracht zouden kunnen geven, waarbij we een zekere gradatie (in)(op)bouwen wat betreft de mate van afdwingbaarheid van de gemaakte afspraken. Sommige van de voorstellen putten uit mogelijkheden die nu al vervat zijn in de regelgeving, andere proposities zijn nieuw en hebben een meer fundamentele impact op het vakbondsstatuut. Elke suggestie zullen we kort op haar merites beoordelen. Onder een afzonderlijke titel halen we ten slotte een aantal overwegingen aan die verantwoorden waarom verder onderzoek aangaande het denkspoor van juridisch dwingende akkoorden in de publieke sector nodig is.

2. *Mogelijkheden binnen het bestaande regulerend kader*

a. *Partiële uitbreiding toepassingsgebied CAO-wet*

Met uitzondering van een zeer beperkt aantal overheidsinstellingen¹⁹ vindt de CAO-wet geen uitwerking in de publieke sector.²⁰ Dit brengt concreet met zich mee dat er in de regel geen collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen worden gesloten, ook al stelt de uitgesloten overheidswerkgever contractanten tewerk.²¹ Het tweede lid van artikel 2, § 3, 1. van de CAO-wet biedt niettemin de mogelijkheid om bij gemotiveerd en in ministerraad overlegd Koninklijk Besluit, het toepassingsgebied van de wet geheel of gedeeltelijk uit te breiden tot de personeelsleden of categorieën van personeelsleden van de overheidsdiensten die het eerste lid van deze bepaling principieel hebben geweerd uit hun werkingssfeer.²²

Belangrijk om te noteren is dat het derde lid van het genoemde artikel 2, § 3, 1. van de CAO-wet de draagwijdte van deze uitbreidingsmogelijkheid opnieuw in

ARBEIDSVERHOUDINGEN (BVVA), *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1987, 130.

¹⁹ Art. 2, § 3, 1, eerste lid CAO-wet.

²⁰ Zie ook R. JANVIER, “Toepassingsgebied van de C.A.O.-Wet” in G. COX, M. RIGAUX en J. ROMBOUTS (eds.), *Collectief onderhandelen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 85-110.

²¹ J. JACQMAIN, “Les relations collectives dans le secteur public” in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre de droit du travail*, Brussel, Bruylant, 2005, (383) 395.

²² In het verleden heeft de uitvoerende macht van deze uitbreidingsmogelijkheid gebruik gemaakt ten aanzien van de openbare kredietinstellingen, die later in het toepassingsgebied van de CAO-wet zelf werden geïntegreerd (cf. KB 4 september 1984 houdende uitbreiding van de toepassing van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités tot de openbare kredietinstellingen, BS 21 september 1984).

aanzienlijke mate beperkt: een dergelijke uitbreiding is niet (meer) mogelijk voor het personeel van de overheidsdiensten die onder de toepassing van de Wet Vakbondsstatuut ressorteren. Het gaat dus als het ware om een vicieuze cirkel. Zodra een overheidsdienst gevat is door de wet van 19 december 1974, vervalt de mogelijkheid voor de uitvoerende macht om de CAO-wet toepasselijk te verklaren op het desbetreffende personeel. Opdat een in ministerraad overlegd Koninklijk Besluit de toepassingsfeer *ratione personae* van de CAO-wet zou kunnen verruimen, is met andere woorden vereist dat de overheidsdiensten in kwestie eerst worden onttrokken aan die van de Wet Vakbondsstatuut.

In de praktijk is artikel 2, § 3 in zijn huidige libellering naar onze inschatting enkel nuttig bij privatiseringen van overheidsdiensten waarbij een (uitdovend) contingent statutair personeel moet worden overgenomen. Deze bepaling vormt bijgevolg *de lege lata* geen afdoende kapstok om een veralgemeend systeem van afdwingbare collectieve arbeidsovereenkomsten in de overheidssector aan op te hangen.

b. CAO's van de Nationale Arbeidsraad op de (onderhandelings)tafel

De Wet Vakbondsstatuut legt zelf een link met het systeem van de collectieve arbeidsovereenkomsten in de private sector. In 2004 werd deze wet aangevuld met de volgende bepaling: “De wettelijke of reglementaire bepalingen die alleen gelden voor het personeel op wie de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités van toepassing is, de collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten in een paritair orgaan en de voorstellen van de Nationale Arbeidsraad, worden, met het oog op het nemen van specifieke regels voor het personeel op wie de door deze wet ingestelde regeling toepasselijk is verklaard, voorgelegd aan het onderhandelingscomité of het overlegcomité bevoegd voor het betrokken personeel op initiatief van de overheid of van een representatieve vakorganisatie”.²³ Deze bepaling maakt het mogelijk om in het bevoegde (onderhandelings)comité van gedachten te wisselen, *c.q.* te onderhandelen over de uitvaardiging van analoge maatregelen, opdat bepaalde regelgeving en collectieve arbeidsovereenkomsten uit de private sector per analogie ook uitwerking zouden vinden in de publieke sector.²⁴

²³ Art. 3, § 3 Wet Vakbondsstatuut, dat werd ingevoegd bij art. 2, 2° wet 5 juni 2004 tot wijziging van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel (BS 22 juni 2004), met 2 juli 2004 als datum van inwerkingtreding.

²⁴ Een mooi voorbeeld uit het verleden betrof het verhogen van de duur van de opzegtermijnen voor arbeiders door de CAO nr. 75 van de Nationale Arbeidsraad van 20 december 1999 betreffende de opzeggingstermijnen van de werklieden (algemeen bindend verklaard bij KB 10 februari 2000, BS 26 februari 2000) (*cf.* P. JOASSART, “Conventions collectives et secteur public : deux grandes solitudes?” in M. DUMONT (ed.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Limal, Anthemis, 2008, (471) 481-482). Voor de contractanten in overheidsdienst is uiteindelijk een

We moeten een eventueel ontluikend enthousiasme over deze bepaling echter onmiddellijk temperen. Het artikel gaat lang niet zo ver dat we zouden kunnen stellen dat er sprake is van een rechtstreekse afdwingbaarheid van bijvoorbeeld algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten van de Nationale Arbeidsraad. *In se* heeft deze bepaling uit het vakbondsstatuut niets meer om het lijf dan een soort van automatische agendasetting, zonder enige belofte of verbintenissen met betrekking tot het resultaat van die onderhandeling. Deze regel biedt op zich dus geen concreet aanknopingspunt om – minstens voor de overheidscontractanten – tot rechtstreeks afdwingbare collectieve akkoorden te komen.

c. Sociaal bemiddelaars in de publieke sector

Anders dan in de particuliere sector is sociale bemiddeling in de publieke sector²⁵ van vrij recente datum.²⁶ Hoewel het alleen al om die reden moeilijk is om nu reeds een evaluatie te maken van de impact die de sociaal bemiddelaars hebben op het verloop van de sociale dialoog, is het wel interessant even stil te staan bij het aandeel dat ze (zouden) kunnen hebben. In hun hoedanigheid als sociaal bemiddelaar kunnen zij, minstens achter de schermen, een inbreng hebben bij het verloop en de naleving (van de resultaten) van de sociale dialoog in de overheidssector. Hoewel niet wordt geraakt aan de eenzijdige beslissingsbevoegdheid van de overheid, kan de sociaal bemiddelaar een mediërende rol spelen bij de sociale geschillen over bijvoorbeeld de opvolging van de uitvoering van een protocol dat de goedkeuring wegdraagt van (een meerderheid van) de aanwezige representatieve vakorganisaties. Het valt te verwachten dat de tussenkomst van de sociaal

analoge regeling getroffen via een aanpassing van de wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, in de vorm van het (oude en inmiddels opgeheven) art. 59, vijfde lid van die wet. Merk hierbij op dat het vijfde lid van het toenmalige art. 59 Arbeidsovereenkomstenwet pas werd ingelast bij art. 4 wet 22 april 2003 tot wijziging van de artikelen 38*bis*, 51*bis* en 59 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (BS 13 mei 2003). Die wet was echter uitsluitend van toepassing op de opzeggingen die worden betekend op of na de datum van inwerkingtreding van deze wet, meer bepaald op of na 13 mei 2003 (zie art. 5 en art. 6 wet 22 april 2003 tot wijziging van de artikelen 38*bis*, 51*bis* en 59 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Voor de arbeiders in de private sector die zich konden beroepen op de CAO nr. 75 was die nieuwe regeling daarentegen al in werking getreden per 1 oktober 2000 en voor de werklieden met 20 of meer jaar anciënniteit zelfs al op 1 januari 2000.

²⁵ Voor een bespreking van de sociale bemiddeling in de publieke sector in vergelijking met de regeling voor de particuliere sector verwijzen we naar S. du BLED en B. ROEFS, “La conciliation des conflits collectifs dans le secteur public versus secteur privé”, *TSR* 2015/1-2, 265-289.

²⁶ In uitvoering van het protocol nr. 170/1 van 19 april 2010 gesloten in het gemeenschappelijk comité voor alle overheidsdiensten, werd een art. 12*octies* ingevoegd in de Wet Vakbondsstatuut bij art. 67 wet 29 maart 2012 houdende diverse bepalingen (I) (BS 30 maart 2012), met 9 april 2012 als datum van inwerkingtreding. Het KB 15 augustus 2012 betreffende de benoemingsvoorwaarden en de opdrachten van de titularissen van de functie van adviseur sociaal bemiddelaar in de overheidssector (BS 28 augustus 2012) geeft verder aan wat de opdrachten zijn van de sociaal bemiddelaars in de publieke sector.

bemiddelaars op termijn kan leiden tot een versterking van de sociale dialoog, zonder dat op zich iets werd gewijzigd aan de juridische afdwingbaarheid van de collectieve akkoorden of protocollen.

3. *Enkele nieuwe voorstellen*

a. Bindend advies naar het voorbeeld van de autonome overheidsbedrijven

Voor de autonome overheidsbedrijven²⁷ geldt een eigen collectief overlegmodel vastgesteld bij de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.²⁸ De vaststelling en wijziging van het personeelsstatuut en het syndicaal statuut komt toe aan de raad van bestuur van het autonoom overheidsbedrijf.²⁹ Daarbij is de raad van bestuur in principe verplicht het bindend advies – ook wel collectieve overeenkomst genoemd – van het betrokken paritair comité te volgen indien dit advies met een tweederde-meerderheid werd aangenomen.³⁰ Dit advies is enkel bindend ten overstaan van de raad van bestuur. Er is nog steeds een formele beslissing nodig van die raad van bestuur waarbij dit bindend advies wordt omgezet in een eenzijdige administratieve rechtshandeling die een wijziging van het administratief en geldelijk statuut inhoudt.³¹ Het dwingende karakter van het advies van het paritair comité zou kunnen worden omschreven als een vorm van materiële afdwingbaarheid.

Een dergelijke materiële afdwingbaarheid versterkt zonder enige twijfel de kwaliteit van de deliberatie die eraan voorafgaat. Niettemin is dit systeem *de jure* nog ver verwijderd van een model van collectieve arbeidsverhoudingen gebaseerd op wederkerigheid. Een dergelijk akkoord is niet rechtstreeks afdwingbaar voor een individueel personeelslid en vereist nog steeds een formele omzetting in tastbare regelgeving door de betrokken overheidswerkgever. De veralgemening van een dergelijk systeem van bindende adviezen tot de overheden in de zin van de Wet Vakbondsstatuut zou beslist een stap vooruit betekenen, zonder dat zulks gelijk te stellen valt aan een systeem van juridisch afdwingbare akkoorden zoals we dit kennen in het raam van de CAO-wet.

²⁷ Het gaat hierbij om BELGACOM, NMBS, Infrabel, bpost en Belgocontrol.

²⁸ BS 27 maart 1991. Hierna: Wet Autonome Overheidsbedrijven.

²⁹ Zie art. 29, § 1 en ook art. 33 en 34 Wet Autonome Overheidsbedrijven.

³⁰ Art. 35, § 2 Wet Autonome Overheidsbedrijven.

³¹ A. DE BECKER, “Collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector: van eenzijdigheid naar wederkerigheid?” in D. DEOM (ed.), *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, (167) 175.

b. Overeenstemmingsvereiste naar Nederlands model

Hoewel Nederland in het raam van de voortschrijdende ‘normalisering’³² binnen afzienbare tijd wellicht (?) zal overschakelen naar een stelsel van afdwingbare collectieve arbeidsovereenkomsten³³, willen we hier toch even kort ingaan op het voorlopig nog actuele overlegmodel waarin de overeenstemmingsvereiste een centrale rol inneemt.

De overeenstemmingsvereiste houdt in dat regelingen waaraan individuele werknemers rechten kunnen ontlelen, slechts kunnen worden ingevoerd of gewijzigd als er daarover overeenstemming is tussen de overheidswerkgever en de vakorganisaties. Er is sprake van het bereiken van overeenstemming wanneer de meerderheid van de partijen aan werknemerszijde akkoord gaat met een voorstel van werkgeverszijde.^{34, 35}

Wanneer de arbeidsvoorwaardenonderhandelingen resulteren in overeenstemming over een bepaald pakket maatregelen, zijn de overheidswerkgevers gebonden door wat over dat pakket maatregelen is overeengekomen. Dit betekent echter niet dat het bereiken van overeenstemming onmiddellijke consequenties heeft voor de individuele ambtenaar. Slechts indien de maatregelen waarover overeenstemming werd bereikt, in een eenzijdig door de overheid (werkgever) vastgestelde rechtspositieregeling of wijziging daarvan hun beslag krijgen, gaat daar een voor de individuele ambtenaar bindende kracht van uit. Ambtenaren kunnen dus geen rechtstreekse rechtspositionele aanspraken ontlelen aan de tussen de partijen bereikte overeenstemming, noch kunnen hun op grond van die overeenkomst verplichtingen worden opgelegd.³⁶

³² We verwijzen in dit verband naar het rapport van de WERKGROEP ‘NORMALISATIE RECHTSPOSITIE OVERHEIDSPERSONEEL’, *Buitengewoon normaal*, Interdepartementaal beleidsonderzoek 2004-2005, nr. 6, 45 p.

³³ Zie de recente ontwikkelingen rond de normalisering van de rechtspositie van de ambtenaren, waarbij momenteel bijzonder veel aandacht uitgaat naar het wetsvoorstel van de leden VAN WEYENBERG en VAN HIJUM tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (ook *Wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren*), Eerste Kamer 2013-2014, nr. 32.550 en E. GEURINCK, “Het wetsvoorstel normalisering rechtspositie ambtenaren”, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2013/1, 28-43.

³⁴ De algemene basis voor de overeenstemmingsvereiste is opgenomen in de Overeenkomst inzake de Raad voor het Overheidspersoneelsbeleid. De verdere uitwerking daarvan vinden we in sectorale rechtspositieregelingen of protocolafspraken. Voor bijvoorbeeld de sector rijkspersoneel wordt dit geregeld in artikel 105 van het besluit van 12 juni 1931 tot vaststelling van het Algemeen Rijksambtenarenreglement, *Stb.* 1931, 248 (het zogenaamde ARAR).

³⁵ Bij staking van stemmen is het aan de werkgever om te beslissen of er sprake is van overeenstemming (L.C.J. SPRENGERS, “Een loonmaatregel en het recht op collectief onderhandelen in de overheidssector”, *Tijdschrift Ambtenarenrecht* 2011/6, 2 (geraadpleegd via Kluwer Navigator)).

³⁶ Th.A. VELO, *Inzicht in het ambtenarenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2008, 26.

Kan geen overeenstemming worden bereikt, dan kan worden beslist de zaak voor te leggen aan de Advies- en Arbitragecommissie.³⁷ Deze commissie doet vervolgens een uitspraak met bindende kracht.³⁸ Ze speelt een belangrijke rol, omdat de overheidswerkgever zonder een overeenstemming met de (meerderheid) van de vakorganisaties geen wijzigingen mag aanbrengen aan de rechten en verplichtingen van de ambtenaren. Om patstellingen te vermijden, was de tussenkomst van een dergelijk orgaan noodzakelijk. Men spreekt ook weleens van de sluitstukregeling.³⁹

Net zoals het systeem van het bindend advies bij de (Belgische) autonome overheidsbedrijven genereert de overeenstemmingsvereiste geen rechtstreeks bindende akkoorden. Toch gaat het Nederlandse stelsel onder andere door de tussenkomst van de Advies- en Arbitragecommissie een stap verder en mogen we stellen dat het overeenstemmingsvereiste een ernstige inperking vormt van het principe van de eenzijdige wijzigbaarheid van de rechten en de verplichtingen van de ambtenaren door de tewerkstellende overheid. In die zin leunt het dichter aan bij een overlegstelsel gebaseerd op wederkerigheid en waarbij beide partijen op voet van gelijkheid delibereren over de ontwikkeling van de loon- en arbeidsvoorwaarden van de betrokken personeelsleden.

c. Protocol = collectieve arbeidsovereenkomst

Een volgende suggestie zou erin kunnen bestaan om aan een protocol een juridische afdwingbaarheid toe te kennen die vergelijkbaar is met die van een collectieve arbeidsovereenkomst. Men zou als het ware naar analogie met de CAO-wet, een soort van ‘Protocolwet’⁴⁰ kunnen creëren die naast (of in) de Wet Vakbondsstatuut niet alleen de bindende kracht definieert van protocollen⁴¹, maar ook de precieze plaats in de hiërarchie van de rechtsnormen duidt zoals dit voor de collectieve arbeidsovereenkomsten is gebeurd in artikel 51 van de CAO-wet.

³⁷ Art. 110g, eerste lid ARAR.

³⁸ Art. 110k ARAR.

³⁹ L.C.J. SPRENGERS, “Een loonmaatregel en het recht op collectief onderhandelen in de overheidssector”, *Tijdschrift Ambtenarenrecht* 2011/6, 2 (geraadpleegd via Kluwer Navigator).

⁴⁰ Afdwingbare protocollen impliceren een afwijking van het veranderlijkheidsbeginsel, waaruit de eenzijdige wijzigbaarheid voortvloeit. Dit is op zich niet onmogelijk, maar vergt wel dat dit bij wet wordt vastgesteld.

⁴¹ Cf. afdelingen III, IV en V CAO-wet.

Een dergelijk denkspoor roept echter heel wat vragen op die preliminair een antwoord (en verdergaand onderzoek) verdienen. We selecteren enkele van de meest prangende vraagstukken die zich in dit verband aandienen⁴²:

- de interbestuurlijke verhoudingen waarbij het vakbondsstatuut weliswaar – op de sector van het onderwijs na – een bevoegdheid is van de federale overheid, maar de vaststelling van het administratief en geldelijk statuut ingevolge de opeenvolgende staatshervormingen intussen tot de bevoegdheid van de tewerkstellende overheid behoort;
- de relatie met het verloop van het sociaal overleg in de private sector en de overeenkomsten die daar worden gesloten en algemeen verbindend worden verklaard. Het kan niet de bedoeling zijn om gescheiden circuits van collectieve belangenbehartiging te ontwikkelen. Er moet met andere woorden worden nagedacht over de directe doorwerking van in de Nationale Arbeidsraad gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten voor het contractueel overheidspersoneel;
- de organisatie van een vorm van democratische en budgettaire controle op dergelijke afdwingbare akkoorden.

d. Ambtenaren en collectieve arbeidsovereenkomsten: (on)verzoenbaar?

Als laatste staan we stil bij wat we misschien wel kunnen aanwijzen als het *sum-mum* van de gelijkstelling c.q. normalisering van de collectieve arbeidsverhoudingen in de private en de publieke sector, namelijk de (volledige) uitbreiding van het toepassingsgebied van de CAO-wet tot alle overheidswerkgevers. Een dergelijke evolutie zou gepaard gaan met een grondige wijziging van de Wet Vakbondsstatuut en – meer fundamenteel – het afstappen van het eenzijdige karakter van de (collectieve) arbeidsrelaties tussen een overheidswerkgever en zijn personeelsleden.

Dit denkspoor lijkt niet onoverkomelijk voor het contractueel tewerkgestelde overheidspersoneel. Maar wat als we de toepasselijkheid van de CAO-wet ook willen uitbreiden tot alle ambtenaren? Valt dit principieel wel te rijmen met de eenzijdigheid die zo typisch is voor hun arbeidsrelatie?⁴³ Zo vloeit uit een analyse

⁴² Voor enkele bijkomende bedenkingen verwijzen we naar I. DE WILDE, “Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector. Een tweeluik. Deel 2: Over dromen, daden, wetten en praktische bezwaren”, *TSR* 2015/1-2, (338) 358-359.

⁴³ Het komt ons voor dat het dan ook belangrijk is een antwoord te bieden op de vraag welke historische factoren de afwezigheid verklaren van juridisch afdwingbare akkoorden in de publieke sector. Hoe is de regeling van de collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector gegroeid? Welke politieke en juridische keuzes zijn in de loop der tijden gemaakt? Een dergelijke, diepgravende historische analyse is van belang om vervolgens te kunnen nagaan of de argumenten en overwegingen die destijds hebben meegespeeld, anno 2015 nog steeds standhouden. We kunnen ons geen betere, weze het zeer brede aanzet inbeelden dan de bijdrage van P. HUMBLET, “Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector. Een tweeluik. Deel 1: Morceau de fantaisie”, *TSR* 2015/1-2, 323-337.

van de ontwikkelingen in Zweden door DE BECKER en DECKERS voort dat het sluiten van bindende collectieve arbeidsovereenkomsten een domino-effect heeft gehad op de ambtelijke rechtspositie.⁴⁴ Ook de evolutie in Denemarken toont aan dat het bestaan van collectieve arbeidsovereenkomsten een zeer belangrijke schakel is geweest in het hanteren van het gewone arbeidsrecht als principe.⁴⁵ Beide landen hebben intussen nauwelijks nog statutaire personeelsleden.

De retorische (?) vraag die hieruit voortvloeit, lijkt dus te zijn of het laten varen van de idee van de eenzijdigheid in de collectieve arbeidsverhoudingen door een overstap naar de CAO-wet niet onvermijdelijk gepaard (moet/zal) gaa(t)(n) met een (op termijn) verlaten van de statutaire aanstelling. SPRENGERS is hierover alvast heel duidelijk: “De overstap van het overheidsoverlegstelsel naar het CAO-model, kan alleen als ook wordt besloten om in de individuele arbeidsverhouding de eenzijdige aanstelling te vervangen door de arbeidsovereenkomst”.⁴⁶ Het is ook onze overtuiging dat beide evoluties hand in hand gaan en bezwaarlijk van elkaar kunnen worden losgekoppeld. Dit geldt overigens ook in de omgekeerde richting. Het verder afbouwen van de statutaire tewerkstelling ten gunste van de contractuele tewerkstelling zonder een grondige verbouwing van het sociaal overlegmodel leidt op termijn onvermijdelijk tot een kortsluiting van het systeem.

4. Beoordeling

We vatten de voorstellen die we hierboven onderzochten, nog even schematisch samen. Daarbij geven we aan wat de materiële draagwijdte is van elk voorstel (voor wie? doelstelling?), gevolgd door een aanduiding van de graad van (juridische) afdwingbaarheid (++ , + , +/- , - , - -).

⁴⁴ A. DE BECKER en K. DECKERS, “Normalisering van de ambtelijke status: een rechtsvergelijkende kijk op de huidige stand van zaken in Nederland”, *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2013/4, 5 (geraadpleegd via Kluwer Navigator).

⁴⁵ A. DE BECKER en K. DECKERS, “Normalisering van de ambtelijke status: een rechtsvergelijkende kijk op de huidige stand van zaken in Nederland”, *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2013/4, 5 (geraadpleegd via Kluwer Navigator).

⁴⁶ L.C.J. SPRENGERS, “CAO bij de overheid: Is er nog wel reden voor een apart overlegstelsel bij de overheid?”, *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2005, 12 (geraadpleegd via Kluwer Navigator).

Tabel 2. Globale evaluatie van de voorstellen om te evolueren naar bindende akkoorden in de publieke sector⁴⁷

Denkspoor	Voor wie?	Doelstelling	Afdwingbaarheid
Partiële uitbreiding toepassingsgebied CAO-wet	Overheidscontractanten Ambtenaren	In bijzondere situaties waar de nood zou bestaan aan een uitbreiding van het toepassingsgebied van de CAO-wet (bijvoorbeeld privatiseringen)	++
CAO's van de Nationale Arbeidsraad op de onderhandelingsstafel	Vooral overheidscontractanten, maar ambtenaren zijn niet uitgesloten	Vertaalslag relevante regelgeving uit de private sector naar de overheidssector	--
Sociaal bemiddelaars in de publieke sector	Overheidscontractanten Ambtenaren	Als onafhankelijke derde(n) bemiddelen bij (dreigende) conflicten	NVT (onrechtstreeks)
Bindend advies naar het voorbeeld van de autonome overheidsbedrijven	Overheidscontractanten Ambtenaren	Materiële afdwingbaarheid, beslissende instantie inhoudelijk gebonden door advies onderschreven door een meerderheid van de werknemersvertegenwoordigers	+/-
Overeenstemmingsvereiste naar Nederlands model	Overheidscontractanten Ambtenaren	<i>Idem</i> als bindend advies, plus beslissende rol adviescommissie bij patstelling	+
Protocol = collectieve arbeidsovereenkomst	Overheidscontractanten Ambtenaren	'Protocolwet' geïnspireerd op de CAO-wet, op maat van de overheidssector	++
Toepassing CAO-wet	Overheidscontractanten Ambtenaren (?)	CAO-wet zonder meer uitbreiden tot volledige overheidssector	+ ⁴⁷

D. QUO VADIS?

1. Hoog op de onderzoeksagenda

De vraag rijst of de tijd rijp is om ook in de publieke sector een systeem van rechtstreeks bindende akkoorden te introduceren. Meerdere overwegingen maken dat een dergelijk momentum lijkt aangebroken. Verder onderzoek is noodzakelijk om deze waarneming wetenschappelijk te staven en theoretische modellen te

⁴⁷ We quoteren geen ++ omwille van de niet zo eenvoudige toepassing op ambtenaren van wie de overheid het 'statuut' eenzijdig vastlegt en ook unilateraal kan wijzigen.

ontwikkelen⁴⁸ die (kunnen) leiden tot een versterking van de sociale dialoog in de publieke sector.⁴⁹

2. *Recht op collectief onderhandelen*

Vanuit het oogpunt van de bescherming van het recht op collectief onderhandelen door verschillende Europese en internationaalrechtelijke verdragen en handvesten is de vraag of een sociaal overlegmodel dat enkel een formele procedure voorschrijft, zonder inhoudelijke juridische afdwingbaarheid, wel voldoet aan de vereisten conform deze normen. Zo waarborgen niet enkel het Europees Sociaal Handvest⁵⁰ en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens⁵¹, maar ook de verdragen nr. 98, nr. 151 en nr. 154 van de Internationale Arbeidsorganisatie⁵² en

⁴⁸ Het spreekt voor zich dat bij het uitwerken daarvan een rechtsvergelijkend luik niet mag ontbreken. Zie in dit verband alvast:

⁴⁹ Recent besteedde de internationale literatuur rond de collectieve arbeidsrelaties veel aandacht aan de impact van de strenge besparingspolitiek van overheden op de arbeidsvoorwaarden van hun personeelsleden en meer in het bijzonder op het verloop van het sociaal overleg in die sector (zie onder andere S. BACH en L. BORDOGNA, "Reframing public service employment relations: The impact of economic crisis and the new EU economic governance", *European Journal of Industrial Relations* 2013/4, 279-294; L. BORDOGNA en R. PEDERSINI, "Economic crisis and the politics of public service employment relations in Italy and France", *European Journal of Industrial Relations* 2013/4, 325-340; EUROFOUND, *Industrial relations in central public administration: Recent trends and features*, Dublin, Eurofound, 2014, 10 e.v.; N.W. HANSEN en M. MAILAND, "Public service employment relations in an era of austerity: The case of Denmark", *European Journal of Industrial Relations* 2013/4, 375-389). Een opvallende trend hierbij is dat er sprake lijkt te zijn van een (terug)grijpen naar meer eenzijdigheid bij de vaststelling van de loon- en arbeidsvoorwaarden van het overheidspersoneel, ook daar waar in het sociaal overlegmodel een vorm van wederkerigheid is ingebouwd. Deze recente ontwikkelingen mogen we niet veronachtzamen. In het bijzonder rijst de vraag in welke mate een dergelijke toegenomen eenzijdigheid in een periode van economische crisis en budgettaire druk de intrinsieke werking van een bepaald sociaal overlegmodel kan beïnvloeden. Wat de Belgische situatie betreft, is het inderdaad niet denkbeeldig dat dergelijke maatregelen een impact hebben (gehad). Het is een vaak gehoorde klacht van de vakbonden dat ze niet meer worden gehoord en dat de overheid beslissingen – weliswaar na een formele onderhandeling – vaak eenzijdig doordrukt. Hoog tijd dus voor het opnieuw versterken van de sociale dialoog.

⁵⁰ Volgens art. 6, § 2 Europees Sociaal Handvest moeten werkgevers en werknemers hun collectieve arbeidsverhoudingen kunnen regelen door middel van een collectieve arbeidsovereenkomst. Indien "nodig en nuttig" moeten de lidstaten positieve maatregelen treffen om collectief overleg en het sluiten van collectieve akkoorden te bevorderen. Deze bepaling houdt dus zowel een positieve als een negatieve verplichting in voor de verdragsluitende partijen. Enerzijds dienen ze maatregelen te nemen om het collectief onderhandelen te bevorderen en anderzijds rust op hen een onthoudingsplicht in die zin dat ze het recht van werknemers en werkgevers om te onderhandelen met het oog op het sluiten van een collectief akkoord, niet mogen belemmeren.

⁵¹ Art. 11 EVRM.

⁵² Hoewel de verdragen nr. 98, nr. 151 en nr. 154 niet vereisen dat het sociaal overleg in de publieke sector resulteert in bindende collectieve akkoorden (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Collective bargaining in the public service. A way forward*, ILC102/III/1B, Genève, 2013, 89), rijst toch de vraag of in een situatie waarbij de overheid de adviezen of standpunten van de vakorganisaties consequent naast zich neerlegt, geen sprake is van een strijdigheid met het recht op collectief overleg, zoals gewaarborgd door deze IAO-conventies.

het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁵³ het recht op collectief onderhandelen en het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten. Een grondige toetsing van het vakbondsstatuut aan deze supranationale en internationale normen is tot nu toe nog niet gebeurd. Volgens ons is het twijfelachtig of het vakbondsstatuut zoals het nu in de feiten wordt toegepast, deze toets kan doorstaan.⁵⁴

3. *Toenemende contractualisering van de arbeidsverhoudingen*

Onder invloed van het *New Public Management*-gedachtegoed⁵⁵ heeft het overheidsfunctioneren een aanzienlijke gedaantewisseling ondergaan. Een van de tastbare uitlopers van deze (r)evolutie is de toegenomen contractualisering van de individuele arbeidsverhoudingen. De overheidscontractanten, met andere woorden degenen die met een arbeidsovereenkomst zijn verbonden met een overheidswerkgever, zijn allang geen minderheid meer.⁵⁶ Ze vormen ontegensprekelijk een vergeten groep in het raam van het vakbondsstatuut. Gecombineerd met de niet-toepasselijkheid van de CAO-wet op de overgrote meerderheid van de publiekrechtelijke werkgevers, leidt dit tot een slechtere sociale bescherming van de steeds uitdijende categorie van overheidscontractanten. Deze overwegingen brachten ons al eerder tot de stelling dat de contractanten in overheidsdienst de slechtst beschermde categorie vormen van al wie in ondergeschikt verband is tewerkgesteld.⁵⁷ Een logische vraag is dan ook of en hoe de belangen van de contractueel tewerkgestelde overheidspersoneelsleden afdoende kunnen worden verdedigd in een overlegstelsel dat vertrekt van de idee van eenzijdigheid.

4. *Relatie tot het arbeidsrecht*

Verder leidt de doorwerking van sommige arbeidsrechtelijke reglementeringen ten overstaan van publiekrechtelijke werkgevers tot spanningen in het raam van

⁵³ Art. 28 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

⁵⁴ In dezelfde zin P. HUMBLET, "Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector. Een tweeluik. Deel 1: Morceau de fantaisie", *TSR* 2015/1-2, 335-337.

⁵⁵ S. BACH and L. BORDOGNA, "Varieties of new public management or alternative models? The reform of public service employment relations in industrialized countries", *The International Journal of Human Resource Management* 2011/11, 2281-2294; S. BACH and R. KOLINS GIVAN, "Public Service Modernization and Trade Union Reform: Towards Managerial led Renewal?", *Public Administration* 2008/2, 523-539.

⁵⁶ Voor recente cijfers refereren wij aan R. JANVIER, "Leçon 1. Travailler dans la fonction publique : hier, aujourd'hui et demain" in R. JANVIER (ed.), *Le Droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, nr. 9, Brugge, la Charte, 2015, 13-15.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan!*, Reeks SBOV 2, Brugge, die Keure, 2003, 375 p. en – in combinatie met het HRM-perspectief – R. JANVIER, I. DE WILDE en S. AERTS, "Leçon 2 – Uniformité, équité et gestion des ressources humaines", in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Brugge, la Charte, 2015, 31-116).

het vakbondsstatuut.⁵⁸ Bepaalde arbeidsrechtswetgeving is van toepassing op alle personeelsleden in de publieke sector, dus zowel op het contractueel als het statutair tewerkgesteld personeel. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de welzijns-wetgeving⁵⁹, de Arbeidswet van 16 maart 1971⁶⁰, de Loonbeschermingswet van 12 april 1965⁶¹ en de Arbeidsreglementenwet van 8 april 1965.⁶² Omdat die arbeidswetgeving initieel op maat van de private werkgevers is geschreven, werd vaak onvoldoende de vertaalslag gemaakt naar het specifieke overlegstelsel dat geldt voor de overheidswerkgevers op wie het vakbondsstatuut van toepassing is. Ook hier blijkt de onmogelijkheid om collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten vaak een struikelblok. In de wetenschappelijke literatuur werd tot nu toe nog geen doorgedreven analyse gemaakt van deze moeilijke wisselwerking tussen het vakbondsstatuut en de bijzondere uitvoeringsmodaliteiten van de arbeidsrechtelijke wetten.⁶³ Een onderzoek naar een alternatief voor de bijzondere positie die collectieve arbeidsovereenkomsten bekleden in het raam van de uitvoering en de

⁵⁸ Zie onder meer A. DE BECKER, "Collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector: van eenzijdigheid naar wederkerigheid?" in D. DEOM (ed.), *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, (167) 178-179.

⁵⁹ De basis wordt gevormd door de wet 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk (BS 18 september 1996), verkort weergegeven als de *Welzijnswet Werknemers*. Een van de belangrijkste uitvoeringsbesluiten is het KB 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers (BS 16 juni 2003). De moeilijke toepassing van de welzijnswetgeving op het statutair overheidspersoneel hebben ook wij al eerder aangekaart (zie R. JANVIER en S. AERTS, "Leçon 3 – Les circuits d'incapacités dans le secteur public: labyrinthes sans issue" in R. JANVIER (éd.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Bruges, la Chartre, 2015, 178 en S. AERTS en R. JANVIER, "Arbeidsongeschiktheidscircuits in de publieke sector, met de focus op de ambtenaren", TSR 2015/1-2, 157-159).

⁶⁰ Principieel is de Arbeidswet 16 maart 1971 (BS 30 maart 1971) in zijn geheel van toepassing op alle werknemers en werkgevers, dus ook overheidswerkgevers (art. 1 Arbeidswet). Bij wijze van uitzondering op deze regel worden de bepalingen over de arbeidsduur, de zondagsrust, de nachtarbeid, het naleven van de werkroosters, de rusttijden en de pauzes niet toepasselijk verklaard op de personen tewerkgesteld door het Rijk, de provinciën, de gemeenten, de openbare instellingen die eronder ressorteren en de instellingen van openbaar nut, behoudens indien ze worden tewerkgesteld door instellingen die een industriële of commerciële activiteit uitoefenen of door instellingen die geneeskundige, profylactische of hygiënische verzorging verlenen (art. 3, § 1, 1° Arbeidswet).

⁶¹ Het betreft de wet 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers (BS 30 april 1965), afgekort als de *Loonbeschermingswet*. Art. 1 Loonbeschermingswet is dermate ruim geformuleerd dat het buiten kijf staat dat ook overheidswerkgevers en hun contractueel en statutair personeel in het toepassingsgebied ervan zijn begrepen.

⁶² Het gaat om de wet 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglement (BS 5 mei 1965), af te korten als de *Arbeidsreglementenwet*. Met ingang van 1 juli 2003 werd de toepassing van de Arbeidsreglementenwet uitgebreid tot de ganse publieke sector (cf. wet 18 december 2002 tot wijziging van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, BS 14 januari 2003). Enkel de personeelsleden van Landsverdediging en de personeelsleden van de federale politie en van de korpsen van de lokale politie werden uit de werkingsfeer van de Arbeidsreglementenwet geweerd (art. 2, 1° Arbeidsreglementenwet).

⁶³ Enkel wat betreft de Arbeidswet, gebeurde dit al in I. DE WILDE, R. JANVIER en L. VANHOUTTE, *Arbeidstijd bij de Vlaamse lokale besturen. Stand van zaken, knelpunten en beleidsvoorstellen*, Brugge, die Keure, 2014, 306 e.v.

toepassing van deze arbeidswetgeving in de publieke sector, lijkt ons dan ook een must.

E. AFSLUITER

Het actuele gebrek aan juridische afdwingbaarheid van in de publieke sector gesloten (inter)sectorale akkoorden is niet het enige punt waarop het vakbondsstatuut mangelt.

Andere hete hangijzers zijn naar onze mening:

- de mate van ‘representativiteit’ van de representativiteitsvoorwaarden, *annex*-criteria om als representatieve vakorganisatie te worden beschouwd. Vooral het laten wegvallen van de vereiste van een ledenaantal van 10% tot voordeel van het Vrij Syndicaat voor het Openbaar Ambt (VSOA) roept vragen op⁶⁴;
- het ontbreken van vertegenwoordigers van de werkelijke werkgevers bij onderhandelingen die betrekking hebben op het personeel van de lokale besturen. Aan Vlaamse kant wordt dit ondervangen door informele voorbesprekingen. Bijkomend is er de kwestie van de representativiteit van de bestaande ‘werkgeversorganisaties’, zoals de Vereniging van Vlaamse Steden en Gemeenten, de Vereniging van Vlaamse Provincies ...⁶⁵;
- het vrijwel totale gebrek aan (ontslag)bescherming tot voordeel van de vakbondsafgevaardigden in de publieke sector. De vastbenoemde personeelsleden genieten in het algemeen een vastheid van tewerkstelling, wat niet kan worden gezegd van de overheidscontractanten⁶⁶;
- het her-denken van het vakbondsstatuut in het licht van de opeenvolgende staatshervormingen.⁶⁷ Enerzijds is het zonneklaar dat de bestaande onder-

⁶⁴ Zie R. JANVIER, I. DE WILDE en P. HUMBLET, “Leçon 5 – Les relations collectives de travail: théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables” in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l’Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Brugge, la Charte, 2015, 301-303.

⁶⁵ Zie R. JANVIER, I. DE WILDE en P. HUMBLET, “Leçon 5 – Les relations collectives de travail: théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables” in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l’Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Brugge, la Charte, 2015, 303-304 en voor een wederwoord F. DORSEMENT, “La notion de représentativité dans le cadre de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités”, *TSR* 2015/1-2, 302-306.

⁶⁶ Zie R. JANVIER, I. DE WILDE en P. HUMBLET, “Leçon 5 – Les relations collectives de travail: théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables” in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l’Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Brugge, la Charte, 2015, 305-309.

⁶⁷ Zie R. JANVIER, I. DE WILDE en P. HUMBLET, “Leçon 5 – Les relations collectives de travail: théoriquement unilatérales, pratiquement inapplicables” in R. JANVIER (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l’Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, n° 9, Brugge, la Charte, 2015, 323-325.

handelings- en overlegstructuren totaal onaangepast zijn, gegeven dat deze de evolutie van de bevoegdheidsoverdrachten niet zijn gevolgd. Anderzijds is het ietwat markant dat de regeling van de collectieve arbeidsverhoudingen nog steeds een federale materie is, met uitzondering echter van het onderwijs.

Dit is dan ook een uitnodiging aan het adres van emeritus Marc RIGAUX om, samen met ons, na te denken over de toekomst van de collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector. Wij zullen zijn juridische inzichten, zijn wijze raad en zijn ervaring goed kunnen gebruiken.

MORGEN IEDEREEN COÖPERANT?

Mondragon geconfronteerd met de globalisering

Amanda LATINNE

Assistent Faculteit rechten, Universiteit Antwerpen

Telkens wanneer de economie sputtert, grijpen zowel burgers als lokale, nationale en supranationale overheden terug naar de coöperatieve oplossing. Het is dan ook niet toevallig dat coöperatieven vandaag op zoveel belangstelling mogen rekenen. Midden in de economische crisis riep Europa 2012 uit tot jaar van de coöperatieve. Zowel consumenten als werkgevers- en werknemersorganisaties bestuderen deze organisatievorm gretig. Nochtans vormt de geglobaliseerde economische realiteit, gestoeld op het dogma van de vrije markt, telkens zowel de voedingsbodem als de ondergang van productiecoöperatieven. Zelfs met een uitgebreide nationale wetgeving (o.a. in Frankrijk, Italië, Spanje) en onder de beschermende vleugels van de sociale economie, slagen productiecoöperatieven er niet in de druk van de globalisering op democratische arbeids- en eigendomsverhoudingen te weerstaan. De Mondragon-coöperatieven vormen hiervan een tekenend voorbeeld.

I. INLEIDING

Coöperatieven streven in hun waarden naar een meer democratische en solidaire ondernemingsvorm en werden dan ook reeds in de 19de eeuw beschouwd als een uitdrukking van een meer sociale economie. Nadat de burgerij, als overwinnaar van de Franse Revolutie, de oude gildenverbanden succesvol had bestreden, kon ze arbeid flexibel inzetten waar nodig. Economen onderbouwden deze behandeling van arbeid als koopwaar met een verheerlijking van de vrije markt en de comparatieve voordelen. De proletarisatie van grote delen van de bevolking werd een feit.

Op sociale grondrechten gebaseerde coöperatieven ontwikkelden zich als antwoord op door het kapitalisme veroorzaakte sociaaleconomische crisissen. Consumentencoöperatieven stelden zich tot doel de arbeiders van kwaliteitsvolle

kledij, voeding en huishoudproducten te voorzien tegen een lagere prijs dan de marktprijs. Productiecoöperatieven produceerden die consumptiegoederen en realiseerden hiermee het recht op arbeid. Coöperatieve banken voorzagen in de nodige kredieten. Mensen als OWEN en GIDE droomden van een coöperatieve republiek waarin alles (productie, consumptie, landbouw, woningen, banken, ...) 'gecoöperativiseerd' zou zijn. In een dergelijke samenleving zou men enkel nog produceren hetgeen men werkelijk nodig had en zouden overproductie en de ermee gepaard gaande crisissen definitief tot het verleden behoren.

In afwachting van een dergelijke gouden toekomst functioneren coöperatieven echter naast gewone ondernemingen in het paradigma van de vrije markt. Het is precies daar waar het schoentje wringt. Als de consument-coöperant een goedkoop product geboden dient te worden, lijkt het niet onredelijk dat de arbeider-coöperant aan dezelfde voorwaarden blijft werken als zijn collega's in een niet-coöperatieve onderneming. Indien men de arbeider-coöperanten betere condities biedt, maakt men de arbeid immers duurder dan de in de markt gangbare voorwaarden en zal dit zijn gevolg hebben op de prijsstelling van het product voor de consument. Deze discussie werd reeds gevoerd aan het einde van de 19de eeuw en toen reeds beslecht in het voordeel van de consumenten-coöperanten.¹

Ook de geschiedenis van de Mondragon coöperatieven weerspiegelt de nefaste gevolgen van de globalisering, die uiteindelijk in 2013 hebben geleid tot het faillissement van het oudste coöperatief van de groep. De krachtige Baskische groep, die in 2013 een transnationale tewerkstelling van 74.060 mensen en een omzet van 12.574 miljoen euro realiseerde, werd reeds door velen bestudeerd en geprezen als een succesvolle alternatieve onderneming. Als we echter werkelijk op weg willen naar een andere, solidaire en coöperatieve economie, moeten we verder kijken dan het democratische imago en onze lessen trekken uit deze geschiedenis.

¹ Zie de geschiedenis van de Rochdale-coöperaties, waar het standpunt van de consumenten het haalde op de algemene vergadering van 1862, J.-F. DRAPERI, *La république coopérative*, Brussel, Larcier, 2012, 55.

II. FAGOR: DE BAKERMAT VAN DE MONDRAGON-GROEP EN TEGELIJKERTIJD EEN VAN ZIJN MEEST FERVENTE TRENDSETTERS OP HET VLAK VAN GLOBALISERING

A. DE START VAN DE MONDRAGON-GROEP TEGEN DE ACHTERGROND VAN EEN KAPITALISTISCHE EN CORPORATISTISCHE MAATSCHAPPIJ

In 1959 startten vijf jongeren, hiertoe geïnspireerd door hun parochiepriester José Maria Arizmendiarieta, een coöperatieve fabriek voor de productie van gasfornuizen. Hun ondernemerschap was aangewakkerd tijdens de sociaal-katholieke studiekringen die Arizmendiarieta organiseerde en was het rechtstreekse gevolg van enkele mislukte pogingen om het plaatselijke metallurgiebedrijf van binennuit te democratiseren.² In de daaropvolgende jaren ontstonden verscheidene andere coöperatieven alsook een coöperatieve bank die de motor werd van de Baskische coöperatieve beweging doordat ze de nieuwe coöperatieven voorzag van kapitaal en marktstrategieën.³ De oprichting van de coöperatieve bank, mede mogelijk gemaakt door het Stabilisatiepact, vormde de eerste mijlpaal in de globaliseringsstrategie van de groep. Het Stabilisatiepact, een initiatief van het Internationaal Monetair Fonds, IMF, voorzag immers in fondsen voor de Spaanse economie in ruil voor een liberalisering van de Spaanse markt.⁴

Werknemers werden mede-eigenaars door een jaarloon te investeren in hun coöperatie.⁵ De bank leende hun hiertoe het nodige geld.⁶ Winsten werden niet onmiddellijk uitgekeerd maar gekapitaliseerd op individuele kapitaalrekeningen die niet konden worden verkocht. Hierdoor werd zowel de financiële basis van de onderneming als haar voortbestaan veiliggesteld. Enkel bij meerderheid konden de werknemers-eigenaars in de algemene vergadering beslissen om hun onderneming te verkopen of stop te zetten.⁷

² J.M. ORMAETXEA, *Orígenes y claves del cooperativismo de Mondragón*, Mondragón, Caja Laboral, 1998, 38.

³ P. A. NARVARTE ARREGUI, "La experiencia cooperativa de Mondragón: estudio de su viabilidad organizacional en el contexto de Euskadi", *Revista de economía pública, social y cooperativa*, 2006, (231) 240.

⁴ H. WIENER en R. OAKESHOTT, *Worker-owners Mondragon revisited, A new report on the group of cooperatives in the Basque provinces of Spain*, Londen, Anglo-German Foundation, 1987, 39.

⁵ A. CAMPBELL en B. FOSTER, *The Mondragon Movement. Worker Ownership in Modern industry*, Londen, Industrial Common Ownership Movement, 1974, 10.

⁶ A. GUTIERREZ JOHNSON en W.F. WHYTE, "The Mondragon System of Worker Production Cooperatives" in F. LINDENFELD en J. ROTSCCHILD-WHITT (eds.), *Workplace democracy and social change*, Boston, Extending Horizon Books, 1982, (177) 186.

⁷ W. F. WHYTE en K.K. WHYTE, *Making Mondragon, the Growth and Dynamics of the Worker Cooperative Complex*, Ithaca, ILR Press, 1991, 47.

De algemene vergadering van coöperatieve werknemers vormde het middelpunt van de coöperatieve structuur. Zij duidde bij meerderheid een raad van bestuur aan voor een periode van vier jaar. Deze formuleerde de businessstrategie en verkoos de algemene bestuurder. Vanaf een bepaalde grootte voorzagen ook in een sociale raad die, hoewel ze gemodelleerd was naar het voorbeeld van de ondernemingsraad van conventionele ondernemingen, toch niet beschikte over een mandaat voor collectieve onderhandelingen.⁸

Ondanks de ogenschijnlijk zeer democratische structuur dient te worden opgemerkt dat de coöperatieven de arbeid volgens dezelfde hiërarchische principes organiseerden als hun omgeving. Net als hun producten de Amerikaanse levensstijl kopieerden, weerspiegelden hun waarden en ambities het economisch gestroomlijnde fordisme, waarbij men bewust een middenklasse als buffer opwierp tegen het linkse gedachtegoed. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat de coöperatieven ook het traditionele economische groeimodel omhelsden.⁹

B. DE ONTWIKKELING VAN DE IDEOLOGIE, DE CONSOLIDATIE VAN DE GROEPSSTRUCTUUR EN DE GLOBALISATIESTRATEGIE

Vanaf de jaren zeventig gingen de Mondragon-coöperatieven zich steeds nadrukkelijker commercieel oriënteren. De gevolgen van de wereldwijde crisis waren hier bepalend, maar ook de latere politieke evolutie in Spanje. Franco stierf en gaf ruimte voor een democratische regering die, op haar beurt, ruime autonomie gaf aan de regio's. Coöperatieven groepeerden zich regionaal om winsten en verliezen te poolen en zich efficiënter te organiseren.

Vervolgens vormden de technologische evolutie en het Europees project nieuwe uitdagingen. Na de toetreding van Spanje tot de Europese Gemeenschap in 1986 kozen de coöperatieven voor een sectorale groepering ter vervanging van de oorspronkelijk regionale groepen. Om hun technologische achterstand ten opzichte van de rest van Europa te overbruggen, konden de coöperatieven, net als conventionele ondernemingen, rekenen op belangrijke regeringssubsidies.

⁸ S. KASMIR, *The Myth of Mondragon. Cooperatives, Politics, Working-class life in a Basque Town*, Albany, State of New York Press, 1996, 133; W.F. WHYTE en K.K. WHYTE, *Making Mondragon, the Growth and Dynamics of the Worker Cooperative Complex*, Ithaca, ILR Press, 1991, 38-41; S. TURNBULL, "Innovations in Corporate Governance: The Mondragon experience", *Corporate Governance: an International Review*, July 1995, 169-180.

⁹ D. GREENWOOD en J.L. GONZALEZ SANTOS, *Industrial Democracy as Process: Participatory Action Research in the Fagor Cooperative Group of Mondragon*, Assen, Van Gorcum & Comp. B.V., 1992, 69-79.

Hoewel de coöperatieven een innovatieve vorm van ondernemen voorwendden, volgden ze toch zonder enige vorm van kritiek het conventionele bedrijfsmodel.¹⁰ De strategie van groepering, de overname van de managementcultuur, meer nog, het wegstolen van managers uit de conventionele industrie, zouden gaandeweg aanleiding geven tot een teloorgang van de directe democratie. De representatieve democratie die ervoor in de plaats kwam¹¹, veroorzaakte vervolgens een radicale omkering van het beslissingsproces van *bottom up* naar *top down*.¹² Het feit dat men managers wegplukte bij de conventionele industrie liet zijn sporen na in het denken over loonspanning en in de realiteit op de werkvloer.¹³

In 1991, in het zog van de wereldwijde trend van fusies en overnames, richtte de groep een speciale niet-coöperatieve investeringsonderneming op om wereldwijd te kunnen participeren in conventionele bedrijven.¹⁴ Het oorspronkelijke coöperatief, Fagor, realiseerde zich dat enkel intelligente overnames het succes in de sector van elektrische huishoudtoestellen kon veiligstellen en nam in 1999 een Poolse concurrent, Master Cook, over.¹⁵

De drastische herstructurering van de plant na de overname leidde tot een verlies van 800 banen van 1999 tot 2005. Bovendien gingen er ook in het Baskenland verschillende jobs verloren in de moedercoöperatie door de delokalisatie van een deel van de Baskische productie naar Polen.¹⁶

Fagor Master Cook voerde dezelfde loonpolitiek als veel van haar collega's-multinationals. Zo rekruteerde men in 2008 een grote groep tijdelijke werknemers aan zeer lage lonen om vervolgens vaste werknemers tot het accepteren van lagere

¹⁰ I. IRIZAR en G. MCLEOD, "Innovación emprendedora en el grupo Mondragón: el caso de sus centros tecnológicos", *Revista de economía pública, social y cooperativa*, 2008, (41) 64; U. LOPEZ, S. LOPEZ en I. LARRANAGA, "Innovation in industrial cooperatives: special features and potential of the Mondragon model", *International Journal of Technology, Management and Sustainable Development*, 2009, (39) 40.

¹¹ P.A. NARVARTE ARREGUI, "La experiencia cooperativa de Mondragón: estudio de su viabilidad organizacional en el contexto de Euskadi", *Revista de economía pública, social y cooperativa*, 2006, (231) 243.

¹² S. SMITH, "Blooming together or wilting alone? Network externalities and the Mondragon and La Lega Cooperative Networks" in *Wider Discussion Paper*, Helsinki, Unu-wider, 2001/27, (1) 15 en www.wider.unu.edu/publications/working-papers/discussion-papers/2001/; P. TAYLOR, "The rhetorical construction of efficiency: restructuring and industrial democracy in Mondragon Spain", *Sociological Forum*, 1994, (459) 476.

¹³ R. MORRISON, *We build the road as we travel*, Philadelphia, New Society Publishers, 1991, 11.

¹⁴ S. KASIMIR, *The Myth of Mondragon. Cooperatives, Politics, Working-Class Life in a Basque Town*, Albany, State of New York Press, 1996, 180.

¹⁵ N. NAHAPETIAN, "Fagor, une coopérative mondialisée", *Alternatives Economiques*, n° 291, May 2010 en www.alternatives-economiques.fr/fagor-une-cooperative-mondialisee_fr_art_948_49268.html.

¹⁶ "Fagor Electrodomesticos (Polonia). La participación de representantes de sindicatos en el consejo de dirección y el estudio de condicionares salariales del entorno" in www.multilocalizarse.com/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=8&Itemid=83&lang=eu.

loonvoorwaarden te dwingen. De Poolse vakbond Sierpen 80 argumenteerde dat de uitzonderlijk goede export- en winstcijfers toch eerder noopten tot het tegendeel, maar maanden onderhandelen met het Poolse management leverde niets op. Toen de vakbond op 2 juni 2008 vervolgens een 2 urenstaking organiseerde, werd die met een naar Poolse normen ongeziene heftigheid gecounterd. De repressie werd zelfs nog heviger zodra het Baskische moederbedrijf op de hoogte was gebracht van de onrusten. Stakende werknemers werden met onmiddellijke ingang ontslagen en de lokale manager werd vervangen.¹⁷

Een andere Poolse vakbond, ZSP, noemde Fagor Master Cook openlijk een werkkamp. De analogie met de praktijken en voordelen van andere transnationale bedrijven blijkt ook uit het feit dat de Europese Bank voor Reconstructie en Ontwikkeling en de Poolse regering de overname elk met een subsidie van 17,5 miljoen euro hadden ondersteund. Daarboven kwamen nog de fiscale voordelen die werden toegekend doordat Fagor Master Cook gevestigd was in een speciale economische zone.¹⁸

De expansie beperkte zich niet tot Polen. In 2005 kocht Fagor het Franse Elco-Brandt, waardoor het de merken Brandt, Thomson, De Dietrich, Sauter en Vedette verwierf. Alle vestigingen van Brandt, zowel in Frankrijk (Lyon, Orléans, Vendôme, Aizenay, Lesquin en La-Roche-sur-Yon) zowel als in Italië (Verolanuova), werden vervolgens gereorganiseerd.¹⁹ De tewerkstelling in Lyon werd drastisch verminderd, sommige activiteiten werden gedelokaliseerd naar Oost-Europa en de groepssamenwerking op het vlak van administratie en Onderzoek & Ontwikkeling decimeerde de werknemers per vestiging.²⁰

Het is opvallend dat de Mondragon-groep nooit in een expliciet sociaal beleid voorzag bij haar internationale expansie. Hierdoor zijn de werkomstandigheden in het buitenland eerder afhankelijk van ter plekke bestaande legale normen en het gedrag van andere multinationale ondernemingen dan van de Baskische normen, waardoor men de coöperanten niet zelden verwijt minikapitalisten te zijn. De Chinese joint venture van Fagor en de Xiangnan Stainless Steel Products Company, die werd gerealiseerd onder de naam van Shanghai Minidomesticos

¹⁷ N. NAHAPETIAN, "Fagor, une coopérative mondialisée", *Alternatives Economiques*, n° 291, May 2010 en www.alternatives-economiques.fr/fagor-une-cooperative-mondialisee_fr_art_948_49268.html.

¹⁸ <http://trustcurrency.blogspot.be>; N. NAHAPETIAN, "Fagor, une coopérative mondialisée", *Alternatives Economiques*, n° 291, May 2010 en www.alternatives-economiques.fr/fagor-une-cooperative-mondialisee_fr_art_948_49268.html.

¹⁹ A. MENDIZABAL EXTABE, A. BEGIRISTAIN ZUBILLAGA en A. ERRASTI AMOZARRAIN, "Dislocaciones y empleo cooperativa. El caso de Fagor Electrodomesticos S. Coop", *Revista de economía publica, social y cooperativa*, 2005, 237-266.

²⁰ N. NAHAPETIAN, "Fagor, une coopérative mondialisée", *Alternatives Economiques*, n° 291, May 2010 en www.alternatives-economiques.fr/fagor-une-cooperative-mondialisee_fr_art_948_49268.html; "Reflexiones sobre la adquisición de Elco-Brandt", *Ahots Kooperatibista*, n°10, april 2005, 3.

Cookware, is hier illustratief. In een intentieverklaring met de lokale partners beloofde Fagor zich voor de arbeidsomstandigheden te spiegelen aan de ILO-normen. Spijtig genoeg bleef het bij een goed voornemen waarvoor geen afdwingbaarheid werd voorzien, noch onder de vorm van onafhankelijke controle noch onder de vorm van sancties.²¹

Van in den beginne wilden de coöperatieven tewerkstelling scheppen en ze waren hierin ook zeer succesvol gedurende de bloeiende jaren zestig. De praktijk van intercoöperatieve transfers van werknemers voorkwam collectieve ontslagen in coöperatieven die het tijdelijk moeilijker kregen.²² Toen deze flexibiliteit niet voldoende bleek om de coöperatieven door economisch zwaar weer te loodsen, verzag de Baskische coöperatieve wetgeving in 1993 in de mogelijkheid om tijdelijke coöperatieve werknemers aan te werven.²³ Toen vervolgens bleek dat de start-up van nieuwe coöperatieven steeds kapitaalintensiever werd en de financiële tussenkomsten van overheden en de coöperatieve bank niet meer volstonden, besloot de Baskische regering ook de creatie van reguliere (niet-coöperatieve) jobs te subsidiëren.²⁴ Doordat de Baskische coöperatieve wetgeving voortaan toestond dat 30% van de werknemers niet-coöperanten waren, werd de deur geopend voor tewerkstellingscreatie via overnames en contracten van beperkte duur.²⁵

²¹ 42% van de buitenlandse ondernemingen waren nieuwe vestigingen, 58% van de buitenlandse ondernemingen waren overgenomen bedrijven. In 2005 telde MCC 138 bedrijven, waarvan er 55 in het buitenland waren gevestigd volgens navolgende verdeling: VS (1), Mexico (6), Brazilië (6), VK (4), Duitsland (3), Frankrijk (5), Polen (5), Tsjechië (5), Slovenië (2), Italië (3), Roemenië (2), Turkije (2), Zuid-Afrika (1), China (8), Thailand (1), India (1). In 2008 waren er 129 bedrijven, waarvan er 75 in het buitenland waren gevestigd: VS (1), Mexico (7), Brazilië (5), VK (3), Duitsland (4), Frankrijk (9), Polen (8), Tsjechië (7), Slovenië (2), Italië (4), Roemenië (3), Turkije (2), Zuid-Afrika (1), China (13), Thailand (1), Indië (1), Rusland (1), Portugal (2) en Marokko (1). J. BILBAO-UBILLOS en V. CAMINO-BELDARRAIN, "Proximity matters? European Union Enlargement and Relocation of Activities: The Case of the Spanish Automotive Industry", *Economic Development Quarterly* 2008, (149) 149-150; A. MENDIZABAL EXTABE, A. BEGIRISTAIN ZUBILLAGA en A. ERRASTI AMOZARRAIN, "Dislocaciones y empleo cooperativa. El caso de Fagor Electrodomesticos S. Coop", *Revista de economía pública, social y cooperativa*, 2005, 237-266.

²² C. CLAMP, "The internationalization of Mondragon", *Annals of public and cooperative economics* 2000, (557) 561.

²³ Art. 26, 2 Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, *Boletín Oficial del país Vasco*, n° 1993135, 19 July 1993, 06863 en zelfs meer specifiek in de modificatie door Ley 1/2000, de 29 de junio, de modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi, *Boletín Oficial del país Vasco*, n° 2000146, 1 augustus 2000, 13708.

²⁴ W. WHYTE, "The Mondragon cooperatives in 1976 and 1998", *Industrial and Labor Relations Review*, 1999, (477) 480-481.

²⁵ Art. 111, 2 Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, *Boletín Oficial del país Vasco*, n° 1993135, 19 juli 1993, 0686; een regel die de Mondragon coöperatieven zelfs verstrengden tot 15% maar toch soms overschreden; F. FREUNDLICH, H. GRELLIER en R. ALTUNA, "Mondragon: notes on history, scope and structure", *International Journal of technology, management and sustainable development* 2009, (3), 7.

Het is duidelijk dat dergelijke veranderingen naar meer flexibiliteit en een grotere competitiviteit gemakkelijker hun ingang vinden in de coöperatieven dan in conventionele ondernemingen, aangezien er noch in een vakbondsvertegenwoordiging noch in een sociale raad op groepsniveau voorzien is.²⁶ Hoewel de stichters van Mondragon handelden vanuit een authentieke sociale betrokkenheid en zelf leden waren geweest van een ondernemersraad voorafgaand aan hun coöperatief avontuur, voelden ze geen enkele behoefte om vakbonden te betrekken in hun coöperatief project. Deze aversie werd nog versterkt toen in 1974 een sociaal conflict ontaardde in een staking en zelfs aanleiding gaf tot de uitsluiting van verschillende stakende coöperanten. Het conflict en de daaropvolgende gebeurtenissen weerspiegelden eens te meer het gebrek aan belangenverdediging van de coöperanten in hun hoedanigheid van werknemers.²⁷

De relatie tussen Mondragon en de vakbonden bleef ook nadien moeizaam. Ondanks toenemende vakbondskritiek op de internationale expansie en de overname van reguliere ondernemingen blijft het officiële standpunt van de Mondragon-groep dat het eenieder vrij staat om zich individueel bij een vakbond naar keuze aan te sluiten, maar dat een georganiseerde syndicale afvaardiging in de coöperatieven geen enkele zin heeft, aangezien de coöperanten zelf eigenaars zijn en hun eigen democratische structuren hebben.²⁸

Deze democratische structuren hebben doorheen de jaren echter duidelijke wijzigingen ondergaan. Door overnames in binnen- en buitenland omvat de groep een amalgaam van verschillende soorten van ondernemingen waarbij de coöperatieve tewerkstelling niet meer toonaangevend is; een situatie die echter niet wordt erkend door de groep in haar officiële communicatie. Dezelfde versluiering blijkt wanneer Mondragon zich stevast positief vergelijkt met conventionele ondernemingen en de betere participatie (want gebaseerd op meer transparante informatie), de grotere werkzekerheid en betere (pensioen)voorwaarden beklemtoont.²⁹ De coöperatieve wetgeving voorziet niet in collectieve onderhandelingen voor werknemers/coöperanten en de aanwezigheid van verschillende categorieën van werknemers veroorzaakt zelfs een probleem voor een individuele toetreding

²⁶ P. TAYLOR, "The Rhetorical Construction of Efficiency: Restructuring and Industrial Democracy in Mondragon Spain", *Sociological Forum* 1994, 184-190, 476.

²⁷ S. KASIR, *The Myth of Mondragon. Cooperatives, Politics, Working-Class Life in a Basque Town*, Albany, State of New York Press, 1996.

²⁸ In de coöperatieven is een individueel vakbondslidmaatschap van coöperanten toegestaan maar is er geen collectieve vakbondsvertegenwoordiging. Zie diverse websites waaronder bijvoorbeeld <http://fagorindustrial.com.co/preguntas-frecuentes/110-ique-papel-juegan-los-sindicatos-en-las-cooperativas>.

²⁹ Zo vermeldt de website dat de winstdeelnames gelijklopen met de lonen in de omgeving en dat daarbovenop de coöperanten extra winstdeelnamen ontvangen in verhouding tot hun functie. Men vermeldt niet dat ten gevolge van de crisis het omgekeerde eerder het geval is, Como son las condiciones laborales y económicas de sus socios, comparadas con su entorno?; <http://fagorindustrial.com.co/preguntas-frecuentes>.

van coöperanten tot een vakorganisatie. Immers, het individueel lidmaatschap is uitgesloten voor werkgevers (zij die werknemers tewerkstellen)³⁰ en werknemers/coöperanten worden uitgesloten uit sociale verkiezingen.³¹ Tijdelijke werknemers maken een steeds groter aandeel uit van de werknemers en werken onder de zwaarste en meest flexibele arbeidsomstandigheden.³²

C. DE CRISIS VAN 2008 EN DE ONVERWACHTE ONTWIKKELINGEN

De continue groei van de tewerkstelling in de Mondragon-groep kwam met de crisis van 2008 abrupt ten einde. Tussen 2008 en 2010 kende de tewerkstelling een terugval van 19%.³³ Deze daling in tewerkstelling was bovendien het sterkst in Spanje en onder de tijdelijke werknemers en de tijdelijke coöperanten.³⁴ In de tweede helft van 2012 steeg het aantal werklozen in de regio tot 13%.³⁵ Erger nog, Fagor was er zeer slecht aan toe. De tewerkstelling daalde er drastisch van 11.000 in 2006 tot 6.641 in 2011 en in 2012 verklaarde Deloitte het bedrijf in zware moeilijkheden.³⁶ Het geaccumuleerde verlies van 89,9 miljoen euro³⁷ deed Fagor een overeenkomst sluiten met een Chinese investeerder die zware besparingen eiste in ruil voor een hulplijn van 20 miljoen euro.³⁸ Contracten met tijdelijken werden opgezegd, enkele coöperatieven uit de Fagor Group dienden te worden verkocht aan privé-investeerdere en de coöperanten moesten inkomensverliezen slikken zonder tewerkstellingszekerheid, daar een bijkomend verlies van 500 werkposten

³⁰ J.-F. DRAPERI, "L'économie sociale face à une siècle de pratiques coopératives", *Revue des études coopératives, mutualistes et associatives* 2000, 123-135.

³¹ Art. 28 van de Spaanse Grondwet garandeert syndicale vrijheid. Art. 3, 1 Ley organica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, B.O.E. 8 augustus 1985, 25119; Disposición adicional primera, real decreto 1844/1994 de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, B.O.E. 13 september 1994, 28294-28323; J. ESCRIBANO GUTIERREZ, "Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas", *Revista de derecho social* 2010, nr. 49, 97-124.

³² CNT Gipuzkoa, *Presentación: la experiencia de Mondragón*, 21-23, <http://gipuzkoa.cnt.es/IMG/doc/laexperienciademondragon.doc>.

³³ U. LOPEZ, S. LOPEZ en I. LARRANAGA, "Innovation in industrial cooperatives: special features and potential of the Mondragon model", *International Journal of Technology Management and Sustainable Development*, 2009, (39) 40.

³⁴ Slides N. ELORTZA, *Impacto de la crisis en la corporación Mondragón, su gestión y los resultados obtenidos*, Mondragón, Eteo; www.html.slidesharecdn.com.

³⁵ M. OLABE, "Se están perdiendo puestos de trabajo en las cooperativas", *Ahots Kooperatibista*, maart 2013, 18.

³⁶ J.L. MONZON CAMPOS en I. ANTUNANO MARURI, *Cooperativismo y responsabilidad social de la empresa. Veinte casos de cooperativas socialmente responsables*, Valencia, Ciriec – España, 2012, 127; X, "El cooperativismo en la bifurcación", *Ahots Kooperatibista*, n° 29, november 2011, 4.

³⁷ <http://ElEconomista.es/paisVasco> op 1/5/2013.

³⁸ J. M. RUIZ, "Ahots Kooperatibista ha denunciado la pérdida de 500 puestos de trabajo en Fagor Electrodomesticos", *Ahots Kooperatibista*, maart 2013.

in het vooruitzicht werd gesteld. De Mondragon-groep stelde vervolgens 70 miljoen euro uit de coöperatieve fondsen ter beschikking van het noodlijdende bedrijf, maar onderhandelde een verder inkomensverlies van 6,48% en de kwijtschelding van het vakantiegeld van 2013. Zoals overeengekomen met de Chinese investeerder Robcam, zou de toekomstige strategie van het bedrijf zich richten op groeiemarkten als Rusland, Azië en het Nabije Oosten.³⁹

Toch kon Fagor niet worden gered. Nadat andere coöperatieven uit de groep haar een tweede krediet van 170 miljoen euro hadden geweigerd, bleef er in november 2013 geen andere optie dan het faillissement. Dit faillissement veroorzaakte het verlies van 5.600 werkposten in het Baskenland en veroorzaakte een domino-effect op de tewerkstelling in Polen en Frankrijk. Bovendien is het faillissement van Fagor een bedreiging voor het voortbestaan van de groep.⁴⁰

D. DE ZWIERIGE WAL VAN REGERINGEN EN SOCIALE ECONOMIE

Door de verregaande naïviteit van regeringen en burgers konden de coöperatieven zonder tegenspraak een conventionele neoliberale koers volgen daarbij de voorkeur gevend aan economische targets boven sociale doelen. Werknemers/coöperanten werden, zonder duidelijke en objectieve informatie van onafhankelijke derden, gedwongen in te stemmen met beslissingen die uiteindelijk regelrecht tegen hun eigen belangen indruisten.⁴¹ Toch viel de groep bij regeringen en andere instellingen voortdurend in de prijzen. Zo ontving Fagor Master Cook in 2009 uit handen van de Poolse president de *Solidarnosc*-prijs van voorbeeldige werkgever. Datzelfde jaar ontving Fagor een prijs voor sociale verantwoordelijke internationalisatie van het *Foro de responsabilidad social de Guipuzcoa*.⁴²

Zoals elders in Europa, beschouwt Spanje de coöperatieven als behorend tot de sociale economie, een kwalificatie die de fiscale voorkeursbehandeling motiveert vanuit de autonomie van de werknemers/eigenaars.⁴³ De Spaanse Grondwet van 1978 drukt zich zonder meer positief uit over de sociale economie in het algemeen

³⁹ <http://El.Economista.es/paisVasco> op 13 mei 2013 en op 3 juli 2013.

⁴⁰ X, "Trouble in workers' paradise. The collapse of Spain's Fagor tests the world's largest group of co-operatives", *the Economist* 9 november 2013 beschikbaar op www.economist.com/news/business/21589469-collapse-spains-fagor-tests-worlds-largest-group-co-operatives-trouble-workers.

⁴¹ J. M. RUIZ, "Ahots Kooperatibista ha denunciado la perdida de 500 puestos de trabajo en Fagor Electrodomeísticos", *Ahots Kooperatibista*, maart 2013, 6.

⁴² J.L. MONZON CAMPOS en I. ANTUNANO MARURI, *Cooperativismo y responsabilidad social de la empresa. Veinte casos de cooperativas socialmente responsables*, Valencia, Ciriec – España, 2012, 130-131.

⁴³ J. POLANCO BELDARRAIN, "La fiscalidad de las cooperativas. Un modelo que fortalece los fondos propios", *Cuadernos de gestión* 2004, (31) 34.

en de coöperatieve vennootschappen in het bijzonder.⁴⁴ Zo stipuleert artikel 129 van de Grondwet dat de overheid de ontwikkeling van coöperatieve vennootschappen zal bevorderen middels een adequate wetgeving.⁴⁵ Ook de Baskische regering ondersteunde het coöperatieve model en vermeldt zelfs de rol van de Mondragon-groep in de preambule van de wet van 1982 met betrekking tot de coöperatieve vennootschappen.⁴⁶

In 1997 tekenden de Mondragon-groep en de Baskische regering een historische overeenkomst waarbij van de coöperatieven een sleutelinstrument werd gemaakt ter realisatie van de tewerkstellingsobjectieven van de Baskische overheid. Een jaar later werd een gelijkaardig akkoord gesloten met de regering van het autonome Navarra.⁴⁷ Daarbij valt bovendien op dat de Mondragon-groep zich telkenmale inschrijft in Europese projecten⁴⁸ en dat de Baskische regering met wetgevende initiatieven als het ware juridisch maatwerk leverde aan de coöperatieven.⁴⁹ De Baskische regering trad toe tot de coöperatieve bank en tot drie risicokapitaalfondsen van de groep.⁵⁰ Geruggensteund door diverse regeringsniveaus werden de Mondragonezen steeds creatiever en assertiever en vroegen ze in 2003 uitdrukkelijk om formeel als werkgeversorganisaties te worden opgenomen in de sociale dialoog.⁵¹ In 2011 ontving de groep 586.040 euro subsidies van de Baskische regering voor 32 internationalisatieprojecten waarvan het merendeel gericht was op China.⁵²

⁴⁴ Hetgeen niet ongebruikelijk is, ook in Italië stimuleerde de regering coöperaties door hen openbare aanbestedingen toe te wijzen enz., W. BARTLETT, J. CABLE, S. ESTRIN, D. JONES en S. SMITH, "Labor-managed Cooperatives and Private Firms in North Central Italy: an Empirical Comparison", *Industrial and Labor Relations Review* 1992, (103) 109.

⁴⁵ Art. 129.2 Constitución Española 1978, B.O.E. 29/12/1978, 29313-29424; J. CATANIA en A. CELAYA, "La economía social en el dialogo social. Constitución española y perspectivas", *Revista de economía publica, social y cooperativa* 2003, (125) 127.

⁴⁶ Exposición de Motivos Alinea 3 Ley 1/1982 de 11 de febrero, sobre Cooperativas, *Boletín Oficial del país Vasco*, n° 1982033, 10/03/1982.

⁴⁷ G. CHENEY, *Values at work. Employee participation meets market pressure at Mondragon*. Ithaca, Cornell University Press, 2002, 77.

⁴⁸ Zoals bv. projecten in verband met innovatie waarbij men samen met de Baskische regering en universiteiten en met gelden van de Europese Gemeenschap projecten opzet; B. BAKAIKOA, A. BEGIRISTAIN, A. ERRASTI en G. GOIKOETXEA, "Redes e innovacion Cooperativa", *Revista de economía publica, social y Cooperativa* 2004, (264) 265.

⁴⁹ Zoals bv. de vrijheden die men gaf aan de coöperatieven om meer tijdelijken tewerk te stellen; G. CHENEY, *Values at work. Employee participation meets market pressure at Mondragon*, Ithaca, Cornell University Press, 2002, 119.

⁵⁰ Mondragon Innovación, Mondragón Desarrollo and Mondragón Promoción; U. LOPEZ, S. LOPEZ en I. LARRANAGA, "Innovation in industrial cooperatives: special features and potential of the Mondragon model", *International Journal of Technology Management and Sustainable Development* 2009, (39) 45.

⁵¹ J. CATANIA en A. CELAYA, "La economía social en el dialogo social. Constitución española y perspectivas", *Revista de economía publica, social y cooperativa* 2003, (125) 127-133.

⁵² Lainformacion.com on 25/1/2012.

Coöperatieven die de autoriteiten kunnen overtuigen van hun oprechte bedoelingen beschikken aldus over een waaier van mogelijkheden om, met behoud van belastingvoordelen, een neoliberal geïnspireerde overnamepolitiek te volgen.⁵³ Dit is eens te meer problematisch als men ziet dat het democratische imago niet overeenstemt met de realiteit.⁵⁴ Onderzoekers concludeerden dat werknemers/coöperanten eenzelfde vervreemding ervoeren ten opzichte van hun werk als gewone loontrekkenden⁵⁵ en dat bedrijfsbeslissingen, zeker sinds de jaren tachtig, meer en meer vanuit hogere, en verder van de coöperanten af staande structuren werden gestuurd. Het management liet de coöperanten in de algemene vergaderingen zelden de keus tussen alternatieven en legde critici het zwijgen op door te stellen dat de voorgestelde oplossing nu eenmaal de enige mogelijke was.⁵⁶

Meerdere wettelijke regelingen geven duidelijk weer dat de individuele werknemer-coöperant niet autonoom kan beslissen over de organisatie van zijn werk en de arbeidsomstandigheden, laat staan over de bedrijfsstrategie. Immers, de individuele coöperant kan niet echt doorwegen op beslissingen in grotere coöperatieven, daar het kapitaal en dus ook het stemrecht gedeeld wordt door te veel personen. Verschillende wetsartikelen maken het bovendien mogelijk de directe democratie te vervangen door een meer representatieve vorm. Zo is het mogelijk om in coöperatieven van meer dan 500 leden onder bepaalde omstandigheden de algemene vergadering van leden te vervangen door een algemene vergadering die bestaat uit afgevaardigden van deze leden.⁵⁷ Bovendien wordt ook nog eens in de mogelijkheid voorzien dat tot een derde van de leden van de bestuursraad experts/niet-coöperanten zijn.⁵⁸ De wetgever heeft de regeling van de arbeids-

⁵³ Beschermde coöperaties kunnen zelfs de status van speciaal beschermde coöperaties krijgen, waardoor ze nog minder vennootschapsbelasting verschuldigd zijn en zelfs een vrijstelling van 50% kunnen krijgen van de uiteindelijk te betalen belasting; Art. 2 en art. 12 Norma Foral 2/1997, de 22 de mayo, de regimen fiscal de las cooperativas de Gipuzkoa www.eus-koop.org/legislacion/06normaforal%202-1997.html; G. AGINALDE, "Specific Tax Issues of the Cooperatives in the Mondragon Group", *International Journal of Technology Management and Sustainable Development* 2009, (69) 71-73.

⁵⁴ P. TAYLOR, "The rhetorical construction of efficiency: restructuring and industrial democracy in Mondragon, Spain", *Sociological Forum* 1994, (459) 464-465.

⁵⁵ J. GREENWOOD en J.L. GONZALEZ SANTOS, *Industrial Democracy as a Process: Participatory Action Research in the Fagor Cooperative Group of Mondragon*, Assen, Van Gorcum & Comp., 1992, 8.

⁵⁶ J. GREENWOOD en J.L. GONZALEZ SANTOS, *Industrial Democracy as a Process: Participatory Action Research in the Fagor Cooperative Group of Mondragon*, Assen, Van Gorcum & Comp., 1992, 77-79; X, "Reflexiones sobre la adquisición de Elco-Brandt", *Ahots Kooperatibista*, n° 10, April 2005, 3.

⁵⁷ Art. 30 Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas, B.O.E. 17 juli 1999, 15681 en art. 38 Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, *Boletín Oficial del País Vasco*, n° 1993135, 19 juli 1993, 06863.

⁵⁸ Art. 77, 2 Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas, B.O.E. 17 juli 1999, 15681 en art. 131, 2 derde lid Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, *Boletín Oficial del País Vasco*, n° 1993135, 19 juli 1993, 06863; J. ESCRIBANO GUTIERREZ, "Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas", *Revista de derecho social* 2010, 97-124.

omstandigheden overgelaten aan de coöperatieven die hierover beslissen, hetzij bij statuten, hetzij bij algemene vergadering. Dit alles resulteert in een disciplinair regime dat voor de werkende coöperant gelinkt wordt aan de arbeidsprestatie en waartegenover nauwelijks mechanismen van belangenverdediging werden gesteld gezien de afwezigheid van vakbonden.⁵⁹ Dit duidelijke gebrek aan autonomie staat in schril contrast met de strikt zelfstandige kwalificatie van het statuut van de werknemer/coöperant⁶⁰ die toch duidelijk ingaat tegen het in de Spaanse Grondwet gegarandeerde recht op arbeid en het recht op een werknemersstatuut.⁶¹

III. TOT SLOT

Mondragon is een transnationale onderneming die in 2013 74.060 personen tewerkstelde en een omzet realiseerde van 12.574 miljoen euro. Wat oorspronkelijk begon als een klein aantal Baskische coöperatieven die hoofdzakelijk produceerden voor de eigen Spaanse markt, evolueerde tot een conglomeraat van ondernemingen waarvan er minder dan de helft nog de coöperatieve structuur hebben.⁶² De incorporatie van Spanje in de Europese Unie, de economische globalisering en de genadeloze concurrentie in hun oorspronkelijke activiteiten: de productie van elektrische huishoudtoestellen stuurde de groep als vanzelfsprekend op overnamepad. Deze overnames en jointventures veroorzaakten een breuk met hun oorspronkelijk coöperatieve waarden. Precies hierdoor vormen de Mondragon-groep en in het bijzonder Fagor Electrodomeesticos, het oudste coöperatief uit de groep, een interessant onderwerp voor een onderzoek naar alternatieven voor het neoliberale economische gedachtegoed. Dit onderzoek maakt echter ook duidelijk dat de, op het eerste gezicht, inspirerende verzoening tussen arbeid en kapitaal toch wel een aantal verontrustende tegenstellingen verhult.

Voor een stuk zijn deze tegenstellingen geworteld in het feit dat de eerste coöperatieven de hiërarchische arbeidsorganisatie van hun concurrenten overnamen. Hun producten weerspiegelden de naoorlogse *American way of life*, hun

⁵⁹ Art. 82 Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas, B.O.E. 17 juli 1999, 15681 en art. 102 Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, *Boletín Oficial del País Vasco*, n° 1993135, 19 juli 1993, 06863.

⁶⁰ Het resultaat van een geleidelijke erosie van de arbeidsrechtelijke bescherming die uiteindelijk uitmondde in de wet van 1999; Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas, B.O.E. 17/07/1999, 15681 en Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi, *Boletín Oficial del País Vasco*, n° 1993135, 19 July 1993, 06863; M. GARCIA JIMINEZ, "La discriminación del trabajo corporativizado", *Revista de economía publica, social y cooperativa*, 2005, 387-409; J. ESCRIBANO GUTIERREZ, "Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas", *Revista de derecho social* 2010, nr. 49, 97-124.

⁶¹ Art. 35 van de Spaanse Grondwet, J. ESCRIBANO GUTIERREZ, "Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios-cooperativistas", *Revista de derecho social* 2010, nr. 49, 97-124.

⁶² www.mondragon-corporation.com/CAS/Magnitudes-Economicas/Cifras-mas-reseñables.aspx.

ambities die van de opkomende fordistische middenklasse, en hun business-strategieën, zoals ze werden gepromoot door hun eigen coöperatieve bank, volgden het westerse economische groeimodel. Toen Spanje toetrad tot de Europese Gemeenschap in 1986, werd een nieuwe coöperatieve structuur gecreëerd, Mondragon Corporacion Cooperativa, MCC, om de coöperatieven sectoraal te organiseren. De oprichting van de (niet-coöperatieve) investeringsonderneming MCC Inversiones SA had tot doel kapitaaldeelnames in bedrijven buiten de groep te bevorderen en vormde een belangrijke mijlpaal.

De Mondragon-groep formuleerde in 1987 expliciet haar tien coöperatieve basis-principes die de soevereiniteit van de arbeid in een democratische organisatie centraal stelden. Toch kan men niet anders dan vaststellen dat de coöperatieven in de jaren negentig steeds meer bureaucratiseerden. Het jarenlange functioneren in de kapitalistische markt zonder enige bevraging van de groei-ideologie eiste zijn tol. Aan productiviteit, efficiëntie, technische expertise, flexibiliteit en innovatie werd de voorkeur gegeven boven de socialisatie in coöperatieve idealen, hetgeen er uiteindelijk de aanleiding van was dat middenkaders en werknemers vervreemdden van de oorspronkelijke waarden.

De economische competitie veroorzaakte investeringen in lagelonenlanden en voortdurende flexibiliteitseisen in de Spaanse coöperatieven. Aan werknemers/eigenaars werd gevraagd in te stemmen met lagere lonen en/of andere werkposten of zelfs met tewerkstelling in een andere coöperatief. Een belangrijk aantal werknemers in de coöperatieven is geen coöperant en vormt een flexibele buffer. Wijzigingen in de coöperatieve wetgeving, die konden worden doorgevoerd zonder enige vorm van vakbondsvertegenwoordiging of collectief onderhandelen, vergrootten deze flexibiliteit.

Door een utopisch democratisch imago realiseerde de groep voor zichzelf bovendien een identiteit als sociale-economiebedrijf. Deze identiteit verleide vervolgens Europese, nationale en regionale regeringen tot financiële tegemoetkomingen boven op al eerder aan de coöperatieve structuur toegekende fiscale voordelen. Dit doet de terechte vrees ontstaan dat men weleens om andere dan democratische redenen voor een coöperatieve vennootschapsvorm kiest. Het lijkt dan ook niet onbelangrijk dat lokale, regionale, nationale en Europese besturen zich realiseren dat de wereldwijde concurrentie niet alleen een bedreiging vormt voor de traditionele ondernemingen maar ook de integriteit van sociale-economiebedrijven aantast.

Meestal wordt de neergang van coöperatieven toegewezen aan een degeneratie van coöperatieve waarden. Zelden wordt een dergelijke evolutie geplaatst in het bredere kader van vermarkting, dat zich ook in niet-coöperatieve omgevingen laat voelen. Waar de theorie van degeneratie vooral gebruikt wordt om aan te tonen dat conventionele economische initiatieven de voorkeur verdienen (en dus via deze weg om het liberale gedachtegoed verder door te drukken), wil ik juist

aantonen dat de mislukking van (productie)coöperatieven een diepere malaise aantoonst. Dieper onderzoek van het reilen en zeilen van productiecoöperatieven toont feilloos aan dat de markt niet vrij is en dat er hoegenaamd geen sprake is van een *equal level playing field* waardoor coöperatieven net zo goed als conventionele ondernemingen enkel de keuze hebben tussen stoppen of meedoen aan de opgelegde *race to the bottom*, alle sociale-economekaders ten spijt. In die zin is elke oproep tot meer sociaal verantwoord ondernemerschap (of dit nu gebeurt onder de vorm van een coöperatie of onder een andere structuur) immoreel als deze oproep niet gepaard gaat met een doordachte afscherming van dergelijke initiatieven van de vrije markt. Nieuwe en aangepaste Europese wetgeving ter zake is gewenst.

Terugkoppelend naar de sociale waarden waaruit de coöperatieve beweging ontstond, dienen we het huidige primaat van de vrijhandel in vraag te stellen en om te keren in een primaat van de grondrechten op de vrijhandel en het vrije verkeer. Eerder dan een debat of productiecoöperatieven wel of niet aan de voorwaarden voldoen om gerekend te worden tot de sociale economie, moet elke economische handeling worden onderworpen aan een kritische reflex die in de eerste plaats de mens centraal stelt. Alleen zo kunnen we de economie in zijn geheel socialiseren.

HAVENARBEID ALS GESLOTEN TEWERKSTELLINGSSYSTEEM ONDER (EUROPESE) DRUK: NAAR HET EINDE VAN EEN TIJDPERK?

Johan PEETERS

*Docent Universiteit Hasselt en Universiteit Antwerpen
Advocaat aan de balie te Antwerpen*

I. INLEIDING

1. In 1983 verscheen van de hand van Marc RIGAUX een omvangrijke bijdrage over de havenarbeid.¹ Hoewel inmiddels hier en daar wat verouderd², is deze bijdrage tot op de dag van vandaag één van de weinige gepubliceerde teksten waarin deze specifieke reglementering exhaustief en kritisch bestudeerd wordt. Het handvol geschriften dat nadien nog door andere auteurs over havenarbeid werd gepubliceerd, betreft voornamelijk een aantal deelaspecten van de reglementering. RIGAUX mag dus zonder twijfel één van de wetenschappelijke pioniers over dit onderwerp genoemd worden.

Anno 2015 staat de reglementering rond havenarbeid onder druk. Het gesloten tewerkstellingssysteem, dat de havenarbeid typeert en waarvan de principes verankerd werden in de wet van 8 juni 1972 op de havenarbeid (hierna: de Havenarbeidwet)³, werd destijds onder meer uitgedacht door de vakorganisaties die reeds in de havensector actief waren en dit ter bescherming van de positie van de arbeiders die reeds in de haven werkten. Het hoeft tegen die achtergrond dan ook nauwelijks te verbazen dat sommige werkgevers zich koele minnaars van het systeem toonden en nog steeds tonen.

Recent kregen deze werkgevers de steun van de Europese Commissie. In haar mededeling van 23 mei 2013 beklemtoont de Commissie weliswaar het belang

¹ M. RIGAUX, "Havenarbeid" in R. BLANPAIN (ed.), *Arbeidsrecht*, Brussel, CAD, 1983, losbl., II-30.

² Met RIGAUX werd de afspraak gemaakt dat ondergetekende de tekst uit 1983 grondig mocht actualiseren. Hoewel deze werkzaamheden vorderen, is de kans groot dat onderhavige bijdrage gepubliceerd wordt vóór de integrale, herwerkte tekst. Sommige delen uit deze bijdrage zijn evenwel reeds de geactualiseerde versie van passages uit de moedertekst.

³ Wet 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid, BS 10 augustus 1972.

van goede arbeidsomstandigheden en de kwaliteit van de werkomgeving in de havens. Tegelijk voegt zij daaraan toe dat nationale regelingen voor havenarbeid, die afwijken van de algemene arbeidswetgeving, “in bepaalde gevallen (...) beperkingen (kunnen) opleggen die een impact hebben op de creatie van nieuwe banen of die het arbeidsklimaat in de haven kunnen aantasten”.⁴ Al snel werd duidelijk dat de Commissie met deze ietwat omfloerste bewoordingen (onder andere) het Belgische systeem voor havenarbeid viseerde. Op 28 maart 2014 werd België formeel in gebreke gesteld voor inbreuken op de vrijheid van vestiging door het gesloten systeem van tewerkstelling dat in de Belgische havens toepassing vindt.⁵

2. Met de kritische ingesteldheid die hem eigen is, schreef RIGAUX in 1983 reeds dat bij een evaluatie van de juridische toelaatbaarheid van gesloten tewerkstellingssystemen, zoals in de Belgische havensector, er noodgedwongen vragen rijzen omtrent de eerbiediging van een aantal fundamentele beginselen zoals de vrijheid van aanwerving en de vrijheid van beroepskeuze (respectievelijke onderdelen van de vrijheid van ondernemen en de vrijheid van arbeid) en de negatieve syndicale vrijheid.⁶

Na een beknopte toelichting bij het gesloten karakter van het *portuaire* tewerkstellingssysteem, wordt in deze bijdrage aangetoond dat de door RIGAUX opgeworpen vragen meer dan drie decennia later nog steeds actueel zijn en voor controverse zorgen. Vervolgens wordt nader ingegaan op de actuele discussie over de verenigbaarheid van het systeem met de Europese vrijheid van vestiging.

II. GESLOTEN TEWERKSTELLINGSSYSTEEM

3. De Havenarbeidwet bekrachtigt het beginsel van een gesloten tewerkstellingssysteem in artikel 1: “Niemand mag in de havengebieden havenarbeid laten verrichten door andere werknemers dan erkende havenarbeiders”.

De Havenarbeidwet geeft zelf geen definitie van het begrip ‘havenarbeid’. Deze kan echter wel afgeleid worden uit het koninklijk besluit van 12 januari 1973 tot oprichting van het nationaal comité voor het havenbedrijf.⁷ Om als ‘havenarbeid’ beschouwd te worden, moet de verrichte arbeid beantwoorden aan twee cumulatieve voorwaarden. Het moet gaan om arbeid die door de toepasselijke regelgeving omschreven wordt als havenarbeid (materieel element) en de arbeid moet verricht worden in een havengebied (territoriaal element). Aldus wordt havenarbeid in het koninklijk besluit materieel omschreven als “alle behandelingen van goederen welke per zee- of per binnenschepen, spoorwagens of vracht-

⁴ Mededeling van de Commissie, *Havens: een motor voor groei*, COM(2013) 295, 11.

⁵ Europese Commissie, C(2014) 1874final.

⁶ M. RIGAUX, “Havenarbeid” in R. BLANPAIN (ed.), *Arbeidsrecht*, Brussel, CAD, 1983, losbl., II-30-17.

⁷ BS 23 januari 1973.

wagens aan- en afgevoerd worden, en de met deze goederen in verband staande bijkomende diensten, ongeacht of deze activiteiten geschieden in de dokken, op de bevaarbare waterwegen, op de kaden of in instellingen welke gericht zijn op de invoer, uitvoer en doorvoer van goederen, welke per zee- of binnenschepen aan- of afgevoerd worden op kaden van nijverheidsinstellingen” (art. 1). De aldus omschreven arbeid dient daarenboven verricht te worden “in de havengebieden” (art. 1). Een gedetailleerde omschrijving van de verschillende havengebieden, tot op de straat of weg nauwkeurig, wordt eveneens in het koninklijk besluit gegeven. Het betreft de geografische omschrijving van de havengebieden van Antwerpen, Gent, Brussel-Vilvoorde, Brugge, Zeebrugge, Oostende en Nieuwpoort.

Om als werknemer in het arbeidsproces opgenomen te worden, volstaat het in normale omstandigheden om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Een open tewerkstellingssysteem, wat de algemene regel is, stelt in beginsel geen voorafgaandelijke voorwaarden opdat een werknemer toegang zou krijgen tot de arbeidsmarkt. Dat het tewerkstellingssysteem in de havengebieden gekwalificeerd wordt als een gesloten systeem van tewerkstelling houdt verband met het feit dat de werknemer die havenarbeid wil verrichten, dit enkel kan nadat hij door een erkenning in het contingent van havenarbeiders is opgenomen. De erkenningsvoorwaarden en -procedure zijn vastgesteld bij koninklijk besluit.⁸ Het contingent is het geheel van erkende havenarbeiders dat in een havengebied tewerkgesteld kan worden en waarvan het aantal vastgesteld en, in functie van de behoeften, gewijzigd wordt door het paritair subcomité. Anders dan in een open tewerkstellingssysteem kent het havenbedrijf dus, net zoals een beperkt aantal andere sectoren⁹, een afgegrensde arbeidsmarkt, die enkel toegankelijk is voor diegenen die de vereiste vergunning verkrijgen. De erkenning is de *conditio sine qua non* om voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst en voor het presteren van havenarbeid in aanmerking te komen.¹⁰

4. Een tweede aspect van het gesloten karakter van het tewerkstellingssysteem in de havengebieden betreft het gegeven dat werkgevers die er havenarbeiders

⁸ KB 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid, BS 4 augustus 2004.

⁹ Men denke bv. aan de zeevisserij, die eveneens erkend moeten worden. Alleen erkende zeevisserijers mogen als bemanningslid in het kader van een arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst voor de zeevisserij op een vissersschip worden tewerkgesteld (art. 3 wet 3 mei 2003 tot regeling van de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst voor de zeevisserij en tot verbetering van het sociaal statuut van de zeevisser, BS 20 juni 2003). De erkenningsvoorwaarden en -procedure voor zeevisserij zijn bepaald bij KB van 17 februari 2005 tot uitvoering van de bepalingen van de wet van 3 mei 2003 tot regeling van de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst voor de zeevisserij en tot verbetering van het sociaal statuut van de zeevisser, BS 7 maart 2005.

¹⁰ Op dit uitgangspunt bestaat weliswaar een uitzondering. Wanneer een officieel tekort aan erkende havenarbeiders wordt vastgesteld, mogen ook niet erkende werknemers, bij wijze van uitzondering en voor één taak, voor havenarbeid aangeworven worden. Men spreekt dan van gelegenheidshavenarbeiders. Zie art. 6 KB 5 juli 2004.

willen tewerkstellen, aangesloten moeten zijn bij een erkende werkgeversorganisatie. Die vereiste stond niet in de initiële Havenarbeidwet van 1972, maar werd er in 1985 in opgenomen.¹¹

Artikel 3bis Havenarbeidwet bepaalt dat de werkgevers die havenarbeiders tewerkstellen, verplicht kunnen worden zich bij een erkende werkgeversorganisatie aan te sluiten. Deze organisatie vervult in de hoedanigheid van lasthebber voor de aangesloten werkgevers alle verplichtingen voortvloeiend uit de individuele en collectieve arbeidswetgeving en de socialezekerheidswetgeving die aan de orde is bij de tewerkstelling van havenarbeiders.

Per havengebied werd bij koninklijk besluit één werkgeversorganisatie in de zin van artikel 3bis erkend.¹² De *ratio legis* voor deze verplichte aansluiting werd in de parlementaire voorbereidingen bij de wet van 17 juli 1985 weergegeven als volgt:

“Het huidige wetsontwerp strekt ertoe de werkgevers die havenarbeiders tewerkstellen te verplichten zich aan te sluiten bij een door de Koning erkende organisatie van werkgevers, die de praktische en administratieve uitvoering van alle sociaal-rechtelijke verplichtingen op zich neemt. Heden is het immers zo dat deze verplichtingen voor het grootste gedeelte worden vervuld door één organisme, mede gelet op het specifiek statuut van havenarbeiders die per taak aangeworven worden door steeds wisselende werkgevers.”¹³

De wetgever heeft aldus een in de havens bestaande feitelijke praktijk in de wet willen verankeren. Gelet op de specifieke aard van de havenarbeid en de wisselende tewerkstelling bij diverse werkgevers, heeft de wetgever aan de organisaties op praktisch en administratief vlak een faciliterende rol ten behoeve van de havenarbeiders toegedicht. De beperking tot één organisatie per havengebied werd ingevoerd om te vermijden dat de verschillende werkgevers in de haven zich zouden aansluiten bij diverse sociale secretariaten, waardoor verschillen konden ontstaan in de berekening en uitbetaling van het loon en de naleving van de sociale reglementering. Aangezien havenarbeiders in de regel dagloners zijn, zou een en ander aanleiding gegeven kunnen hebben tot onnodige complexiteit en versnippering. Door de regeling wordt ook benadrukt dat de havenarbeider ten

¹¹ Wet 17 juli 1985 tot invoeging van een artikel 3bis in de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid en tot aanvulling van artikel 4 van dezelfde wet, BS 31 augustus 1985.

¹² CEPA voor het havengebied Antwerpen bij KB 4 september 1985; CEPG voor het havengebied Gent bij KB van 29 januari 1986; CEMPO voor het havengebied Brussel-Vilvoorde bij KB 20 maart 1986; CEWEZ voor het havengebied Zeebrugge-Brugge bij KB 10 juli 1986; CEWO voor het havengebied Oostende-Nieuwpoort bij KB 1 maart 1989.

¹³ *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 830/1, 1.

dienste staat van het havenbedrijf in zijn geheel en dat de gemeenschap van werkgevers in de haven als gevolg hiervan specifieke verplichtingen heeft.¹⁴

Een gevolg van de verplichting voortvloeiend uit artikel 3bis is dat de interne arbeidsmarkt ook langs werkgeverszijde afgegrensd wordt, daar waar dit door het erkenningssysteem voor havenarbeiders reeds het geval was langs werknemerszijde. Slechts die werkgevers die aangesloten zijn bij de erkende organisatie van werkgevers kunnen in de havengebieden arbeiders rekruteren om hen havenarbeid te laten verrichten.

5. In de praktijk rijzen er soms nog vragen over de precieze draagwijdte van de opdracht van de erkende organisaties van werkgevers in de havengebieden, en de juridische gevolgen die daaraan gekoppeld moeten worden. Een en ander vloeit allicht voort uit de brede omschrijving die de wetgever aan deze opdracht heeft gegeven. De organisatie is van de werkgevers in de havens immers de lasthebber voor “alle verplichtingen (...) die voor de betrokken werkgevers krachtens de individuele en collectieve arbeidswetgeving en de socialezekerheidswetgeving, voortvloeien uit de tewerkstelling van havenarbeiders” (art. 3bis).

In de rechtsleer en rechtspraak werd artikel 3bis terecht in die zin geïnterpreteerd dat de rol van de wettelijke lasthebber er niet op neerkomt dat hij gehouden zou zijn tot de concrete naleving van de wetgeving die specifiek verband houdt met de uitvoering van het werk bij de feitelijke werkgevers. Als administratieve werkgever oefent de erkende organisatie geen leiding, gezag en toezicht uit op de bij de eigenlijke (juridische) werkgevers tewerkgestelde havenarbeiders. Evenmin kan de organisatie als (eind- of mede)verantwoordelijke aangesproken worden voor de miskennis van de verplichtingen en regels die betrekking hebben op de uitvoering van het werk bij de eigenlijke werkgevers van de havenarbeiders.

In zijn commentaar op de wet van 17 juli 1985 stelde ROMBOUTS reeds dat artikel 3bis in geen geval kan impliceren dat de eigenlijke werkgever verlost zou zijn van alle sociaalrechtelijke verplichtingen, en dat deze integraal ten laste van de organisatie van werkgevers zouden komen. Conform de wil van de wetgever treedt de organisatie slechts op als administratieve werkgever.¹⁵ Ook RAUWS treedt deze stelling bij waar hij stelt dat, volgens de wil van de wetgever, de werkgeversorganisaties in de havens gezien moeten worden als een soort ‘sociaal secretariaat’. Daaruit vloeit onder meer voort dat de eindverantwoordelijkheid voor de

¹⁴ J. ROMBOUTS, “Nieuweregels bij de tewerkstelling van havenarbeiders. Administratiefrechtelijke commentaar bij de wet van 17 juli 1985 tot wijziging van de Havenarbeidswet”, RW 1985-86, 1312.

¹⁵ J. ROMBOUTS, “Nieuweregels bij de tewerkstelling van havenarbeiders. Administratiefrechtelijke commentaar bij de wet van 17 juli 1985 tot wijziging van de Havenarbeiderswet”, RW 1985-86, 1314 en 1318. In dezelfde zin stelt BECKERS dat een dergelijk ruime interpretatie van artikel 3bis “geenszins in overeenstemming met initiële bedoeling van de wetgever (is)” (J. BECKERS, “Werken tussen schip en kade. Bedenkingen bij het sociaal statuut van havenarbeid” in X, *Rechtsleer vanuit de rechtszaal. Of lering uit de rechtspraak van de arbeidsgerechten*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1989, 199).

arbeidsveiligheid en het welzijn van de havenarbeiders primair bij de individuele werkgever blijft liggen, die immers niet alleen het gezag over de havenarbeider uitoefent, maar die ook de financiële middelen, nodig voor de nakoming van die verplichtingen, controleert.¹⁶

Toepassing makend van dit principe, oordeelde de arbeidsrechtbank te Gent dat diegene die het gezag uitoefent, het werk organiseert, de opdrachten geeft, de bevoegdheid heeft de arbeidsovereenkomst te beëindigen en uiteindelijk zelf de volledige financiële verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de sociaal-rechtelijke verplichtingen behoudt, de werkgever van vaklui is, die aldus meegeteld moet worden bij het bepalen van de personeelsdrempels in het kader van de sociale verkiezingen. Het feit dat de betrokken werknemers niet in het personeelsregister van de werkgever voorkwamen, de lonen uitbetaald werden via tussenkomst van de CEPG en de tewerkstelling van de vaklui door de CEPG in Dimona aangegeven werd, maakt van de werkgeversorganisatie, *in casu* de CEPG, nog niet de juridische werkgever.¹⁷ Naar aanleiding van een dodelijk arbeidsongeval oordeelde het hof van beroep te Gent dat de erkende werkgeversorganisatie enkel optreedt als administratieve ondersteunende dienst of ‘administratieve’ werkgever, zodat het enkel de individuele havenwerkgever is die verantwoordelijk is en blijft voor de naleving van de welzijns- en veiligheidsreglementering. Het hof nam daarbij uitdrukkelijk mee in overweging dat er geen gezagsrelatie of arbeidsovereenkomst bestaat tussen de werkgeversorganisatie en de havenarbeider.¹⁸

6. Dat het de wetgever menens was met de bescherming van het gesloten tewerkstellingsstelsel blijkt onbetwistbaar uit de strafrechtelijke sanctionering van het laten verrichten van havenarbeid door niet-erkende havenarbeiders en uit de zware financiële implicaties die de wet in het sanctiesysteem inbouwde. De sancties zijn thans terug te vinden in het Sociaal Strafwetboek, dat op 1 juli 2011 in werking is getreden. De werkgever die havenarbeid heeft doen of laten verrichten in de havengebieden door werknemers die niet als havenarbeider zijn erkend of die niet als gelegenheidshavenarbeider werden aangeworven, dan wel van wie de erkenning is geschorst, ingetrokken of verstreken, kan gesanctioneerd worden met een sanctie van niveau 2.¹⁹ Hetzelfde geldt voor de werkgever die zich in weerwil van artikel 3bis Havenarbeidwet en de uitvoeringsbesluiten daarvan niet heeft

¹⁶ W. RAUWS, “Enige aspecten van de arbeidsveiligheid in de havens” in X, *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum Prof. Dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 276.

¹⁷ Arbrb. Gent 6 februari 2004, *Soc.Kron.* 2007, 613.

¹⁸ Gent 17 september 2009, *RW* 2009-10, 1054, noot W. RAUWS.

¹⁹ Art. 178, eerste lid, 1^o Soc.Sw. De sanctie van niveau 2 bestaat uit hetzij een strafrechtelijke geldboete van 50 tot 500 euro, hetzij een administratieve geldboete van 25 tot 250 euro. De geldboete wordt bovendien vermenigvuldigd met het aantal betrokken werknemers (art. 178, tweede lid Soc.Sw.).

aangesloten bij een erkende organisatie van werkgevers.²⁰ Daarmee zijn beide facetten van het gesloten tewerkstellingssysteem strafrechtelijk afdwingbaar.

III. VRIJHEID VAN BEROEPSKEUZE EN NEGATIEVE SYNDICALE VRIJHEID

7. Het Belgische stelsel van arbeidsverhoudingen is onder meer gebaseerd op de vrijheid van aanwerving in hoofde van de werkgever en de vrijheid van beroepskeuze in hoofde van de werknemer. De vrijheid van aanwerving maakte een onderdeel uit van de vrijheid van ondernemen en waarborgt de werkgever het recht om aan te nemen wie hij wil en voor de taak die hijzelf aangeeft. Aan deze principiële vrijheid zijn in de loop van de ontwikkeling van de sociale en arbeidswetgeving diverse beperkingen aangebracht. Onder meer in het kader van de reglementering op de havenarbeid heeft de werkgever ernstige beperkingen aan deze vrijheid zien aanbrengen. Hij wordt weliswaar niet verplicht vooraf aangeduide personen aan te werven, maar zijn keuze wordt toch beperkt. Enerzijds moeten de werkgevers in het raam van de erkenningsprocedure de inspraak van de werknemersorganisaties dulden, anderzijds kunnen zij enkel erkende havenarbeiders aanwerven. Daartegenover moet men echter stellen dat, alvorens de wetgever het nodig achtte het tewerkstellingsstelsel te legaliseren, het de werkgevers van het havenbedrijf zelf zijn geweest die hun toestemming hebben verleend aan het creëren van een gesloten arbeidsmarkt.

De vrijheid van arbeid en beroepskeuze impliceert in beginsel de vrijheid van toegang tot elk beroep. Het valt niet te betwisten dat het tewerkstellingssysteem in het havenbedrijf deze vrijheid beperkt. Het argument dat de werknemers deze beknotting zelf zouden hebben aanvaard gaat hier echter niet op. Het zijn de vakorganisaties van diegenen die reeds in de havensector waren tewerkgesteld die het systeem mee hebben helpen uitdenken om alzo in de eerste plaats de reeds in de haven actieve arbeiders te beschermen. Daartegenover moet men echter stellen dat de vrijheid van beroepskeuze niet impliceert dat eenieder vrije toegang moet hebben tot om het even welk beroep. De vrijheid van beroepskeuze is niet onvereenigbaar met de vereiste om houder te zijn van een diploma, vergunning of erkenning vooraleer men het beroep mag uitoefenen. Veiligheidsoverwegingen en de behoefte om gespecialiseerd personeel aan te werven, kunnen de beperking rechtvaardigen. Daarenboven verzet de internationale regelgeving zich evenmin tegen een systeem van erkenning voor het verrichten van havenarbeid. Artikel 3 van Conventie n° 137 van de Internationale Arbeidsorganisatie wettigt de toepassing van erkenningssystemen voor havenarbeid en bepaalt uitdrukkelijk dat havenarbeid bij prioriteit voorbehouden mag worden aan erkende havenarbeiders.²¹

²⁰ Art. 178, eerste lid, 2° Soc.Sw.

²¹ De *Dock Work Convention* (1973) werd weliswaar niet door België geratificeerd.

8. De voornaamste bezwaren tegen het gesloten tewerkstellingssysteem in het havenbedrijf worden evenwel traditioneel naar voren geschoven vanuit de hoek van de bescherming van de negatieve syndicale vrijheid. Artikel 1 van de wet van 24 mei 1921 waarborgt niet enkel de positieve maar ook de negatieve syndicale vrijheid. Iedere werknemer moet bijgevolg de vrijheid gelaten worden om een (vak)vereniging op te richten of zich erbij aan te sluiten (positieve syndicale vrijheid), maar moet ook de keuze gelaten worden om zich niet te verenigen (negatieve syndicale vrijheid).²² Beide aspecten van de syndicale vrijheid worden ook gewaarborgd door artikel 5 van het Europees Sociaal Handvest, dat door België geratificeerd werd.²³

Het aanwervings- en rekruteringsysteem van havenarbeiders kan op gespannen voet komen te staan met dit beginsel. De erkenning als havenarbeider geschiedt door een administratieve commissie opgericht in de schoot van het bevoegde paritaire subcomité. In deze commissie zijn enkel de representatieve organisaties van werknemers en werkgevers vertegenwoordigd. De reglementering stelt dus niet met zoveel woorden dat de aansluiting bij een vakorganisatie een vereiste is om als havenarbeider tewerkgesteld te worden. Strikt genomen lijkt de negatieve syndicale vrijheid aldus niet geschonden omdat het lidmaatschap van een representatieve vakorganisatie, of het behoud ervan, geen voorwaarde is om erkend te worden. Dit neemt echter niet weg dat in de praktijk de druk op de kandidaat-havenarbeider om zich bij een van de representatieve werknemersorganisaties aan te sluiten toch groot kan zijn.²⁴ Het feit dat kandidaat-havenarbeiders een werknemersorganisatie moeten raadplegen teneinde ingelicht te worden over hun rechten en plichten bij een eventuele erkenning²⁵,

²² De verenigingsvrijheid, met als afgeleide daarvan de vakverenigingsvrijheid, wordt daarnaast nog gewaarborgd door art. 27 Gw., door de IAO-Conventies nrs. 87 en 98, alsook door art. 23 UVRM, art. 22 BPUO-Verdrag, art. 8 ECOSOC-Verdrag, art. 11 EVRM en art. 11-14 EU Gemeenschapshandvest.

²³ Wet 15 maart 2002 houdende instemming met het herziene Europees Sociaal Handvest en met de Bijlage, gedaan te Straatsburg op 3 mei 1996, BS 10 mei 2004.

²⁴ Ook buiten de erkenningsprocedure is de tussenkomst van een representatieve werknemersorganisatie in bepaalde gevallen verplicht, wat de druk om aan te sluiten of aangesloten te blijven eveneens kan verhogen. Zo bv. heeft een walkraanman in de haven van Antwerpen bij ontslag recht op erkenning als dekman, op voorwaarde dat hij (o.m.) de aanvraag tot overgang naar de beroepscategorie dekman indient bij de Administratieve Commissie, via een representatieve syndicale organisatie, binnen één maand na het einde van de arbeidsovereenkomst (art. 298 Codex Algemeen Contingent).

²⁵ Het betreft geen wettelijke of conventionele verplichting, maar een en ander berust wel op een praktijk. In de haven van Antwerpen worden de arbeiders van het logistiek contingent in de regel eerst aangeworven door een werkgever en worden zij vervolgens door het vakbondsfront uitgenodigd om zich bij een van de representatieve vakorganisaties aan te bieden teneinde hun erkenningsdossier in orde te brengen. De kandidaat-havenarbeiders voor het algemeen contingent worden vooraf uitgenodigd om zich aan te bieden bij een vakorganisatie, waarna hun erkenning door het vakbondsfront wordt voorgelegd aan de administratieve commissie die zich daarover uitspreekt. De verplichting om een organisatie te consulteren geldt in het Antwerpse havengebied ook om als vakman ingeschreven te worden, althans voor zover de kandidaat-vakman geen erkend havenarbeider is. Zie art. 7 Codex Vaklui.

kan deze druk doen toenemen. Volgens ROMBOUTS kan deze praktijk evenwel gerechtvaardigd worden, en dient een potentiële inbreuk op de negatieve syndicale vrijheid aldus genuanceerd te worden. Aangezien binnen het havenbedrijf geen verplichting bestaat om een arbeidsreglement op te stellen²⁶, lijkt de maatregel van voorafgaande informatie over de arbeidsvoorwaarden en de arbeidsorganisatie niet per definitie onredelijk.²⁷

Wat er ook van zij, de (minstens feitelijke) invloed van de representatieve vakorganisaties bij de erkenning van havenarbeiders kan moeilijk ontkend worden en ontsnapte ook niet aan de aandacht van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR), dat toeziet op de naleving van het ESH door de ratificerende lidstaten. In 1995 vroeg het ECSR aan België verduidelijking over het ‘closed shop’-systeem (*sic*) volgens hetwelk “*in certain economic sectors recruitment quotas provided that workers be chosen from among the quotas allocated to various trade unions*”.²⁸ Hoewel de Belgische overheid vervolgens benadrukte dat in het bijzondere tewerkstellingssysteem, zoals bijvoorbeeld van toepassing in de haven van Antwerpen, het lidmaatschap van een representatieve werknemersorganisatie geen invloed had op de aanwerving van de werknemers, vroeg het ECSR in 1998 opnieuw om bijkomende toelichting. Meer precies wenste het Comité meer te vernemen over “*the legal basis, including any relevant case law, upon which a person may refuse to join a trade union following recruitment in such circumstances. It further asks whether a trade union can refuse to include a non-member’s name on its list of candidates for recruitment and, if this occurs, whether the person concerned enjoys any legal protection*”.²⁹ Na in 2000 opnieuw tot verduidelijking te zijn aangemaand³⁰, antwoordde België uiteindelijk in 2002 dat een KB van 19 december 2000 garandeerde dat de rekrutering van havenarbeiders in het Antwerpse havengebied uitsluitend gebaseerd werd op technische vereisten noodzakelijk voor het uit te voeren werk en de arbeidsveiligheid.³¹ Kennelijk volstond deze toelichting voor het ECSR, want het besloot tot de conformiteit van het *portuaire* tewerkstellingssysteem met artikel 5 ESH.

²⁶ Art. 1 KB 23 maart 1967 waarbij de werkgevers en werklieden die onder het Nationaal Paritair Comité voor het havenbedrijf ressorteren, uitgesloten worden van de toepassing van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, BS 12 april 1967.

²⁷ J. ROMBOUTS, “De toekomst van de regelgeving betreffende de havenarbeid” in E. VAN HOYDONK (ed.), *Stouwers, naties en terminal operators: het gewijzigde juridische landschap*, Antwerpen, Maklu, 2003, (103).

²⁸ ECSR, *Conclusions XIII-2*, 1995, 267.

²⁹ ECSR, *Conclusions XIV-1 Vol. 1*, 1998, 109.

³⁰ ECSR, *Conclusions XV-1 Vol. 1*, 2000, 70.

³¹ ECSR, *Conclusions XVI-1 Vol. 1*, 2002, 67. Het KB 19 december 2000 betreffende de voorwaarden en modaliteiten van de erkenning van havenarbeiders in het Antwerpse havengebied (BS 11 januari 2001) werd inmiddels opgeheven en vervangen door het KB 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid (BS 4 augustus 2004).

IV. HAVENARBEID DOOR ZELFSTANDIGEN

9. Artikel 1 Havenarbeidwet bepaalt dat niemand in de havengebieden havenarbeid mag laten verrichten door andere werknemers dan erkende havenarbeiders. Eerder stipten we reeds aan dat de begrippen ‘havenarbeid’ en ‘havengebied’ niet in de Havenarbeidwet, maar wel in het koninklijk besluit tot oprichting van het paritair comité voor het havenbedrijf werden gedefinieerd. Dit is echter niet het geval voor het begrip ‘havenarbeider’.

Gemeenzaam wordt aangenomen dat havenarbeid arbeid is gepresteerd in ondergeschikt verband, onder het regime van een arbeidsovereenkomst. Dit staat niet met zoveel woorden in de wet of in het koninklijk besluit van 12 januari 1973. Nochtans kan zulks afgeleid worden uit het gebruik van de termen werknemer en werkgever. Ook deze begrippen worden door de wetgever en door de Koning niet omschreven. Daarom lijkt het aangewezen om aan te nemen dat de wetgever ze gebruikt heeft in hun gebruikelijke betekenis. Onder werknemer dient dan begrepen te worden de persoon die door een arbeidsovereenkomst verbonden is met een werkgever en voor diens rekening en onder diens gezag, leiding en toezicht arbeid presteert tegen betaling van loon. Onder werkgever dient begrepen te worden de natuurlijke of rechtspersoon die de werknemers tewerkstelt. In beginsel kan de term werknemer zowel een handarbeider (werkman) als hoofdarbeider (bediende) aanwijzen. Uit de aanwending van de termen werknemer en werkgever en uit de gebruikelijke interpretatie die eraan in het arbeidsrecht wordt gegeven, kan bijgevolg worden afgeleid dat havenarbeid, arbeid is die verricht wordt krachtens arbeidsovereenkomst.

10. Een vraag die hieruit voortvloeit, is evenwel of havenarbeid *uitsluitend* in het kader van een arbeidsovereenkomst kan of mag verricht worden. In de praktijk is bijvoorbeeld de vraag gerezen of zelfstandige binnenschippers zelf een schip mogen laden en lossen met een boordkraan, dan wel of voor deze activiteit, die ontegensprekelijk te beschouwen is als havenarbeid, een beroep moet worden gedaan op erkende havenarbeiders. Het antwoord op deze vraag hangt samen met de vraag of de Havenarbeidwet zelfstandige arbeid in- dan wel uitsluit.

In een eerste interpretatie – die allicht door de werknemersorganisaties zal aangehangen worden – zou voorgehouden kunnen worden dat de Havenarbeidwet impliceert dat havenarbeid enkel verricht mag worden door (erkende) werknemers-havenarbeiders. Steun voor deze stelling zou gevonden kunnen worden in de parlementaire voorbereiding waarin door toenmalig minister van Werk en initiatiefnemer van de wet, Louis Major, werd verklaard dat “het de bedoeling (is) dat de arbeiders die werken voor havenpatroons, namelijk de stouwers en de naties, alle werk verrichten”.³² Dit argument, gebaseerd op de zogenaamde *ratio legis*, overtuigt echter niet. Op het ogenblik van de totstandkoming van de

³² Hand. Senaat 1971-72, 31 mei 1972, 932.

wet speelde de discussie over het verrichten van havenarbeid door zelfstandigen niet zozeer en niet in dezelfde mate als vandaag. Het is derhalve weinig waarschijnlijk dat de toenmalige minister met zijn interventie heeft willen aangeven dat zelfstandigen geen havenarbeid zouden mogen verrichten. Wel is er nadien in het Antwerpse havengebied een CAO gesloten en algemeen verbindend verklaard over het statuut van de natiebazen, waarin bepaald werd dat “enkel een erkende natiebaas in niet-ondergeschikt verband havenarbeid mag verrichten in het Antwerps havengebied (...)”.³³ Ook dit argument overtuigt niet omdat het, *in casu* en gelet op de arbeidsrechtelijke normenhierarchie, niet aan de sociale partners is om bij CAO het toepassingsgebied van de Havenarbeidwet te bepalen of preciseren.

Wat dan overblijft, is de tekst van de wet zelf, die onzes inziens niet voor interpretatie vatbaar is. Artikel 1 Havenarbeidwet bepaalt enkel dat havenarbeid niet door andere *werknemers* dan havenarbeiders verricht mag worden. Derhalve mag arbeid die als havenarbeid omschreven kan worden wel verricht worden door zelfstandigen, tenminste voor zover het gaat over ‘echte’ zelfstandigen die hun arbeid niet in ondergeschikt verband en dus buiten het kader van een arbeids-overeenkomst leveren. Steun voor deze lezing van artikel 1 kan gevonden worden in de strafbaarstelling van de overtreding van de Havenarbeidwet. Enkel “de werkgever” (en zijn aangestelde of zijn lasthebber) wordt strafrechtelijk gesanctioneerd voor het laten verrichten van havenarbeid door andere werknemers dan erkende havenarbeiders. Aangezien de strafwet restrictief geïnterpreteerd moet worden en een zelfstandige per definitie geen werkgever heeft, vallen zelfstandigen buiten het toepassingsgebied van de Havenarbeidwet.

Dat zelfstandigen havenarbeid mogen verrichten, werd in de rechtsleer overigens al eerder aanvaard, al werd daar toen de kanttekening bij gemaakt of een en ander in de praktijk wel mogelijk was.³⁴ Ook de toenmalige minister van Werk antwoordde in 2011 op een parlementaire vraag over zelfstandige (haven)arbeid verricht door een binnenschipper dat “een zelfstandige die binnen het havengebied een activiteit uitoefent, valt, voor zover het om een echte zelfstandige gaat, niet onder de wet op de havenarbeid, noch onder de cao-wet en dus evenmin onder de toepassing van een cao”.³⁵ Weliswaar voegde de minister daaraan toe dat zij het technisch niet mogelijk achtte dat één zelfstandige binnenschipper een containerschip zou laden of lossen zonder hulp van werknemers, die vanzelfsprekend wel onder het toepassingsgebied van de Havenarbeidwet vallen en dus erkende havenarbeiders moeten zijn. Allicht is dit juist, maar de conclusie

³³ KB 25 oktober 1988 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst van 24 mei 1988, gesloten in het Paritair Subcomité voor de haven van Antwerpen, Nationaal Paritair Comité der haven van Antwerpen genaamd, houdende het statuut van de natiebazen, BS 22 november 1988.

³⁴ J. ROMBOUTS, “De toekomst van de regelgeving betreffende de havenarbeid” in E. VAN HOOYDONK (ed.), *Stouwers, naties en terminal operators: het gewijzigde juridische landschap*, Antwerpen, Maklu, 2003, (103).

³⁵ *Vr. en Antw.* Kamer 2 maart 2011 (Vr. nr. 2212 Z. DEMIR).

dat het probleem van havenarbeid door zelfstandigen zich in de praktijk niet zal stellen wegens de technische onmogelijkheid, is te kort door de bocht. Een vrachtwagenchauffeur die in het havengebied, als hoofdzakelijke of bijkomstige activiteit, goederen laadt, lost en vervoert, verricht havenarbeid in de zin van de Havenarbeidwet en het KB van 12 januari 1973. Voor zover deze chauffeur een 'echte' en dus geen schijnzelfstandige is, is het technisch perfect mogelijk dat hij havenarbeid verricht zonder daarvoor erkend havenarbeider te moeten zijn.

V. EUROPEES VRIJ VERKEER EN VRIJHEID VAN VESTIGING

11. Sedert enige tijd laait de discussie over de verenigbaarheid van het gesloten tewerkstellingssysteem in de Belgische havens met het Europees recht opnieuw op. De recente ingebrekestelling van België door de Europese Commissie in maart 2014 zal daar allicht niet vreemd aan zijn. Nochtans is de problematiek niet nieuw.

12. In het arrest *Becu* van 16 september 1999 werd het Hof van Justitie reeds verzocht om het Belgische poolsysteem aan de Europese mededingingsregels te toetsen.³⁶ In de onderliggende zaak ging het om een werkgever die in het Gentse havengebied logistieke arbeid had laten verrichten door niet-erkende arbeiders³⁷ en daarvoor strafrechtelijk vervolgd werd. Op grond van het communautair mededingingsrecht is het de lidstaten verboden om aan ondernemingen exclusieve rechten op het verstrekken van bepaalde diensten te verlenen, en is het eveneens verboden om door het opleggen van onredelijke voorwaarden een machtspositie te misbruiken. Het hof van beroep te Gent wenste via een prejudiciële vraag te vernemen of particulieren zich op basis van deze Europese mededingingsregels konden verzetten tegen een nationale regeling die hen verplichtte een beroep te doen op erkende havenarbeiders en aan deze arbeiders een loon te betalen dat ver boven het loon ligt dat zij aan andere werknemers zouden moeten betalen. Het Hof van Justitie beantwoordde de vraag evenwel ontkennend omdat de Europese mededingingsregels enkel van toepassing zijn op ondernemingen. Het exclusieve recht om havenarbeid te verrichten komt toe aan (de pool van)

³⁶ HvJ 16 september 1999, C-22/98, *Becu e.a.* Reeds vóór het arrest *Becu* kwam de bijzondere regeling rond havenarbeiders al zijdelings aan bod in de rechtspraak van het Hof van Justitie, in die zin dat het Hof geen redenen zag om ondernemingen die havenarbeiders tewerkstellen uit te sluiten uit het toepassingsgebied van de Belgische regelgeving inzake collectief ontslag (HvJ 28 maart 1985, 215/83, *Commissie/België*). Na dit arrest bepaalt artikel 5bis CAO nr. 24 dat deze CAO ook voor deze ondernemingen geldt, althans voor zover er in het betrokken paritair comité geen regelingen bestaan die in gelijkaardige waarborgen voorzien.

³⁷ De werkgever deed *in casu* een beroep op tijdelijke werkkrachten en uitzendkrachten die, in termen van loonkost, de helft goedkoper waren dan erkende havenarbeiders, gelet op de voor hen geldende loonvoorwaarden toepasselijk in het Gentse havengebied.

havenarbeiders, die per definitie werken op grond van een arbeidsovereenkomst en dus geen ‘onderneming’ zijn in de zin van het Europees mededingingsrecht. Aldus doorstond de Belgische reglementering op de havenarbeid de toets met (dit deel van) het Europees recht.³⁸

Hoewel met de vaststelling dat havenarbeiders geen ondernemingen zijn, de prejudiciële vraag beantwoord was, liet het Hof van Justitie zich toch nog ontvallen dat eventueel nagegaan kon worden of de Belgische regeling niet strijdig zou zijn met het vrije verkeer van diensten, in zoverre zij de dwingende verplichting inhield om erkende havenarbeiders havenarbeid te laten verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst.³⁹ Deze oproep is niet in dovemansoren gevallen.

13. In een volgende zaak betrof het eveneens een werkgever die, ditmaal in het Brusselse havengebied, niet-erkende arbeiders havenarbeid had laten verrichten. In een poging te ontsnappen aan een administratieve geldboete wierp de werkgever de strijdigheid van de Belgische reglementering over havenarbeid met het Europese vrije verkeer van diensten op. In een uitgebreid gemotiveerd vonnis zag de arbeidsrechtbank te Brussel twee belemmeringen op dit vrij dienstenverkeer⁴⁰: enerzijds het gegeven dat havenarbeid enkel verricht kan worden onder het regime van een arbeidsovereenkomst, en anderzijds het verplichte beroep dat werkgevers moeten doen op erkende havenarbeiders om havenarbeid te laten verrichten.⁴¹

Wat de eerste belemmering betreft, stelt de arbeidsrechtbank dat de verplichting om havenarbeid te verrichten in het kader van een arbeidsovereenkomst de zelfstandige dienstverlener uit een andere lidstaat verhindert om in België op zelfstandige basis taken te verrichten die omschreven worden als havenarbeid. De rechtbank steunt daarvoor op het arrest *SETTG*, waarin het Hof van Justitie oordeelde dat een nationale regeling die de rechtsvorm van een arbeidsovereenkomst tussen de partijen dwingend voorschrijft en daardoor uit een lidstaat afkomstige subjecten belet om hun werkzaamheden in een andere lidstaat als zelfstandige te verrichten in het kader van een overeenkomst tot het verrichten van diensten, een niet toegelaten beperking vormt op het vrije verkeer van diensten.⁴² De premisse

³⁸ In het arrest *Merci* daarentegen werd wel een schending met de mededingingsregels weerhouden. In deze zaak ging het namelijk wel om het uitsluitend recht van een onderneming om de werkzaamheden in de haven van het Italiaanse Genua te organiseren, waarbij verplicht een beroep gedaan moest worden op een havencorporatie die uitsluitend uit nationale werknemers bestond (HvJ 10 december 1991, C-179/90, *Merci*).

³⁹ HvJ 16 september 1999, C-22/98, *Becu e.a.*, r.o. 35. Aangezien evenwel de vraag naar de verenigbaarheid met het vrije verkeer van diensten niet gesteld werd door de verwijzende rechter, werd ze ook niet beantwoord door het Hof van Justitie.

⁴⁰ De arbeidsrechtbank toetste enkel aan het vrije verkeer van diensten, maar de redenering die de rechtbank volgt is o.i. ook toepasbaar op het vrije verkeer van personen. Binnen het korte bestek van deze bijdrage wordt daar echter niet op ingegaan.

⁴¹ Arbrb. Brussel 11 januari 2002, *Soc.Kron.* 2011, 287. De Belgische Staat tekende weliswaar hoger beroep aan, maar de procedure werd niet voortgezet, waardoor de zaak in 2010 van de rol werd weggelaten.

⁴² HvJ 5 juni 1997, C-398/95, *SETTG*.

van waaruit de rechtbank⁴³ vertrekt om tot een belemmering van het vrije verkeer te besluiten, is onzes inziens evenwel fout.⁴⁴ Zoals hoger reeds aangetoond, impliceert de Havenarbeidwet niet dat havenarbeid door een zelfstandige dienstverlener verboden is en dus enkel in het kader van een arbeidsovereenkomst verricht mag worden. Bijgevolg kan er, wat dit punt betreft, dan ook niet gesproken worden van een inperking op het vrije verkeer van diensten.

De arbeidsrechtbank zag daarnaast een tweede belemmering in de verplichting om voor het doen verrichten van havenarbeid door werknemers een beroep te doen op erkende havenarbeiders. Weliswaar zijn de erkenningsvoorwaarden zoals (thans)⁴⁵ bepaald bij KB van 5 juli 2004 nationaliteitsneutraal opgesteld, toch zal het, volgens de rechtbank, voor buitenlandse dienstverleners en hun werknemers een hinderpaal zijn om te voldoen aan de verplichte minimumprestatienormen⁴⁶ en de vereiste professionele taalkennis.

Een rechtvaardiging voor de inperking van het vrije verkeer van diensten op basis van de zogenaamde '*rule of reason*' weerhield de rechtbank evenmin.⁴⁷ Zij oordeelde dat loutere economische belangen geen dwingende redenen van algemeen belang uitmaken, evenmin als het behoud van de sociale vrede dat zou zijn. Wel aanvaardde de arbeidsrechtbank dat de bescherming van de werknemers (tegen bijvoorbeeld arbeidsongevallen) een dwingende reden kan uitmaken, doch zij oordeelde dat de Belgische erkenningsvoorwaarden voor havenarbeid buiten verhouding stonden tot het te bereiken doel en dat de Belgische Staat niet aantoonde dat het gesloten tewerkstellingssysteem effectief bijdroeg tot deze doelstelling van sociale bescherming.

14. In het bovenvermelde vonnis toetste de arbeidsrechtbank te Brussel de erkenningsvoorwaarden voor havenarbeiders enkel aan het vrije verkeer van diensten. Nochtans zou een parallelle redenering ontwikkeld kunnen worden

⁴³ ... en blijkbaar ook het Hof van Justitie in het arrest *Becu*. Zie HvJ 16 september 1999, C-22/98, *Becu e.a.*, r.o. 34-36.

⁴⁴ Uit de motivering van het vonnis blijkt dat de Belgische Staat, na heropening van de debatten, heeft bevestigd dat havenarbeid enkel in het kader van een arbeidsovereenkomst en dus niet door zelfstandigen verricht mag worden. Dit is opmerkelijk omdat een volgende minister van Werk in 2011, in antwoord op een parlementaire vraag, net het omgekeerde zou verklaren (*cf. supra*).

⁴⁵ De arbeidsrechtbank beoordeelde niet de erkenningsvoorwaarden zoals bepaald in het besluit van 2004, maar wel het KB 7 juli 1977 betreffende de voorwaarden en modaliteiten van de erkenning van havenarbeiders in het havengebied van Brussel en Vilvoorde (*BS* 20 juli 1977).

⁴⁶ Havenarbeiders van het algemeen contingent moeten binnen een referteperiode van zes maanden een minimaal aantal aangeboden taken verrichten, bij gebreke waaraan zij hun erkenning kunnen verliezen. Zie art. 12 en 13 KB 5 juli 2004.

⁴⁷ Volgens de '*rule of reason*' kunnen beperkingen op het vrije verkeer slechts gerechtvaardigd worden mits voldaan is aan de volgende voorwaarden: (i) de beperkende maatregel moet zonder discriminatie toegepast worden, (ii) hij moet zijn rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, (iii) hij moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (iv) hij mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.

met betrekking tot het vrije verkeer van personen (en zou de rechtbank wellicht tot hetzelfde besluit gekomen zijn⁴⁸). In dit verband dient opgemerkt te worden dat artikel 4, § 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2014 thans bepaalt dat havenarbeiders die kunnen aantonen dat zij in een andere lidstaat aan vergelijkbare voorwaarden inzake havenarbeid voldoen, niet meer aan de Belgische erkenningsvoorwaarden onderworpen worden. Deze bepaling werd pas voor het eerst bij koninklijk besluit van 19 december 2000 ingevoerd en zorgt er, blijkens het verslag aan de koning, voor dat “het principe van de wederzijdse erkenning (zal) worden toegepast op onderdanen van andere lidstaten van de Europese Economische Ruimte”.⁴⁹ De Belgische regelgever is zich er dus kennelijk toch van bewust geweest dat het volledig afgrendelen van de lokale arbeidsmarkt een probleem zou kunnen opleveren met het vrije verkeer van werknemers.

Echt overtuigd van deze demarche om zich te conformeren aan de Europese regels inzake vrij verkeer lijkt de Europese Commissie nochtans niet te zijn. In 2014 startte de Commissie een formele inbreukprocedure wegens vermeende schendingen van de vrijheid van vestiging, zoals bepaald in artikel 49 VWEU, door de Belgische reglementering inzake havenarbeid. De Commissie weerhoudt maar liefst vijf (ongeoorloofde) beperkingen van de vrijheid van vestiging, en viseert daarbij uitdrukkelijk zowel de Havenarbeidwet en haar uitvoeringsbesluiten als de CAO's (de 'codices') die per paritair subcomité (lees: havengebied)⁵⁰ gelden.

In de eerste plaats vindt de Commissie het te beperkend dat aanbieders van havendiensten, als gevolg van het gesloten tewerkstellingssysteem, niet zelf arbeiders naar keuze, die niet tot het contingent behoren, in dienst kunnen nemen en bovendien kunnen zij arbeiders van hun keuze niet laten erkennen als het contingent gesloten is. Zij kunnen zich dus in een Belgische haven enkel vestigen als ze erkende havenarbeiders uit het contingent in dienst nemen onder voorwaarden waarover zij geen controle hebben.⁵¹ In de tweede plaats stelt de Commissie vast dat de vrijheid van de aanbieders van havendiensten in België om havenarbeiders met een contract van lange duur aan te werven, beperkt is.⁵² Zij kunnen aldus

⁴⁸ De beperking (verplicht beroep op erkende havenarbeiders) is dezelfde in het kader van het vrije verkeer van personen, en de potentiële rechtvaardigingsgronden, die door de rechtbank evenwel niet weerhouden werden, zijn eveneens dezelfde.

⁴⁹ Men merkt op dat thans in art. 4, § 3 KB 5 juli 2004 niet meer gesproken wordt over de onderdanen van andere lidstaten van de “Europese Economische Ruimte”, maar slechts over de onderdanen van de lidstaten van de “Europese Unie”. Allicht gaat het om een verschrijving, want het zou moeilijk hard gemaakt kunnen worden dat voor de onderdanen van Noorwegen, IJsland en Liechtenstein in het kader van het vrije personenverkeer de wederzijdse erkenning niet zou gelden.

⁵⁰ In de ingebrekestelling wordt voornamelijk verwezen naar de codices van het Antwerpse havengebied. Dit hoeft niet te verbazen, omdat de demarche van de Commissie rechtstreeks verband houdt met een klacht van de NV Logisport, een logistiek bedrijf gevestigd in het Antwerpse havengebied.

⁵¹ Volgens de Commissie kan dit “binnen een bedrijf tot ernstige verstoring (van hun bestaande arbeidsstructuur en aanwervingsbeleid) leiden en aanzienlijke financiële gevolgen hebben”.

⁵² Havenarbeiders zijn in beginsel ‘dagloners’ of ‘losse’ havenarbeiders, aangeworven voor een bepaalde taak. Juridisch wordt dergelijke overeenkomst gekwalificeerd als een arbeidsover-

niet vrij beslissen over de arbeidsverhouding die zij met hun werknemers hebben en kunnen daardoor belemmerd worden om zich in een Belgisch havengebied te vestigen. Ten derde bevatten de codices die gelden in de Belgische havengebieden geen objectieve criteria die de samenstelling van de ploegen rechtvaardigen. De procedures op basis waarvan een bedrijf een afwijking van de voorgeschreven ploegsamenstelling kan bekomen, beoordeelt de Commissie als omslachtig, niet objectief en niet transparant. Aldus bestaat volgens de Commissie het risico dat aanbieders van havendiensten werknemers in dienst moeten nemen (en betalen) die ze misschien niet nodig hebben, wat hen kan ontmoedigen om zich in een Belgisch havengebied te komen vestigen. Daarmee verband houdend is de vierde beperking. Havenarbeiders worden aangeworven om één specifieke taak te verrichten en mogen niet verschillende taken uitoefenen, zelfs niet wanneer ze daarvoor gekwalificeerd zijn. De beperking leidt volgens de Commissie tot inefficiëntie in het aanbieden van havendiensten en brengt voor de aanbieders ervan aanzienlijke financiële gevolgen mee. Ten slotte richt de Commissie haar pijlen op de verplichting om ook voor logistieke havenarbeid beroep te doen op erkende havenarbeiders, onder voorwaarden en volgens procedures waarop aanbieders van havendiensten geen vat hebben. Ook in deze verplichting ziet zij een belemmering die kan leiden tot de verstoring van de bestaande arbeidsstructuur en aanwervingsbeleid van een onderneming en haar kan opzadelen met bijkomende kosten.

De zogenaamde ‘*rule of reason*’ toepassend, ziet de Commissie geen afdoende rechtvaardigingsgronden voor deze vijf beperkingen op de vrijheid van vestiging. De specificiteit en de onregelmatigheid van havenarbeid – een vaak gebruikt argument ter verdediging van het poolsysteem – is, volgens de Commissie, “een kenmerk (...) dat in alle lidstaten voorkomt en geen typisch Belgisch verschijnsel. De meeste lidstaten hebben echter geen systeem ingevoerd zoals het Belgische, met zijn ernstige beperkingen van de vrijheid van vestiging”.⁵³ De bescherming van de werknemers, door de Commissie omschreven als “de bescherming van het huidige werkgelegenheidsniveau en het ondersteunen van de creatie van nieuwe banen”⁵⁴, rechtvaardigt evenmin de beperkingen op de vrijheid van vestiging. Naar oordeel van de Commissie zijn het gesloten tewerkstellingssysteem en de onmogelijkheid van aanbieders van havendiensten om werknemers buiten het contingent aan te werven (aan hun voorwaarden) maatregelen die niet geschikt zijn om meer banen te scheppen en het bestaande werkgelegenheidsspeil te beschermen. De rigide samenstelling van de ploegen en het verbod voor havenarbeiders om andere

eenkomst voor bepaalde duur of voor een bepaald werk, ook wanneer ‘losse’ havenarbeiders worden ‘doorbesteld’ (zie bv. Arbh. Antwerpen 9 maart 2011, AR2010/AA/36, onuitg.). Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde duur (‘vaste’ havenarbeiders) zijn in het algemeen contingent slechts mogelijk voor een beperkt aantal functies. In het logistiek contingent is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur daarentegen de regel.

⁵³ Europese Commissie, C(2014) 1874final, 9.

⁵⁴ Europese Commissie, C(2014) 1874final, 10.

functies of taken op te nemen, zijn in de ogen van de Commissie beperkingen die noch noodzakelijk noch evenredig zijn om de veiligheid van havenarbeiders en de kwaliteit van hun werk te garanderen. Daarnaast wordt ten slotte de verplichting om in havengebied ook voor zuiver logistieke arbeid een beroep te doen op erkende havenarbeiders niet zonder discriminatie toegepast. De Commissie stelt namelijk vast dat overheidsbedrijven die logistieke activiteiten ontwikkelen en in het havengebied gevestigd zijn, anders dan private logistieke ondernemingen, geen beroep hoeven te doen op erkende havenarbeiders.⁵⁵

15. Niet alleen het Belgische maar ook het Spaanse systeem van havenarbeid werd door de Commissie strijdig geacht met de vrijheid van vestiging. De inbreukprocedure tegen Spanje werd gestart in 2011 en resulteerde uiteindelijk in een arrest van 11 december 2014 waarin het Hof van Justitie het pleit beslechtte in het voordeel van de Commissie.⁵⁶ Op basis van de Spaanse wet moeten goederenbehandelaars die in Spaanse openbare havens diensten willen verrichten, een licentie bekomen en zich aansluiten bij alsook deelnemen in het kapitaal van een SAGEP.⁵⁷ De SAGEP stelt vervolgens havenarbeiders ter beschikking van haar leden-aandeelhouders voor het verrichten van havenarbeid. Om zijn licentie te behouden, dient een goederenbehandelaar op jaarbasis een minimumaantal havenarbeiders via een SAGEP te rekruteren. Na een korte motivering komt het Hof van Justitie al snel tot de vaststelling dat dergelijke verplichtingen het vrije vestigingsrecht van goederenbehandelaars in de Spaanse openbare havens beperken.⁵⁸

Vervolgens onderzocht het Hof van Justitie of de vastgestelde beperkingen gerechtvaardigd kunnen worden. Volgens vaste rechtspraak kunnen beperkingen op het vrije verkeer aanvaard worden wegens dwingende redenen van algemeen belang, op voorwaarde dat ze een legitieme doelstelling dienen en proportioneel zijn.⁵⁹ Ter zake had Spanje aangevoerd dat het geviseerde tewerkstellingssysteem werd ingevoerd om enerzijds de continuïteit, de regelmatigheid en de kwaliteit van de goederenafhandeling en anderzijds de bescherming van de havenarbeiders te garanderen. Het Hof erkent dat de veiligheid in de havens⁶⁰ alsook de

⁵⁵ De Commissie verwijst in haar ingebrekestelling meer in het bijzonder naar de NV bpost en de NV Logisport, beide actief in de logistieke sector in het Antwerpse havengebied.

⁵⁶ HvJ 11 december 2014, C-576/13, *Commissie/Spanje*.

⁵⁷ SAGEP staat voor “Sociedad Anonima Gestion de Estibadores Portuarios”. Het betreft commerciële vennootschappen die, op grond van de Spaanse havenwetgeving, als maatschappelijk doel hebben het ter beschikking stellen van havenarbeiders aan hun leden-aandeelhouders teneinde hen havenarbeid (laden en lossen) te laten verrichten. Een SAGEP staat ook in voor de permanente opleiding van de arbeiders.

⁵⁸ HvJ 11 december 2014, C-576/13, *Commissie/Spanje*, r.o. 37-38.

⁵⁹ HvJ 18 juni 1998, C-266/96, *Corsica Ferries*, r.o. 60; HvJ 25 juni 2009, C-356/08, *Commissie/Oostenrijk*, r.o. 42; HvJ 17 maart 2011, C-128/10 en 129/10, *Naftiliaki Etaireia Thasou & Amaltheia I Naftiki Etaireia*, r.o. 45.

⁶⁰ Zie HvJ 17 maart 2011, C-128/10 en 129/10, *Naftiliaki Etaireia Thasou & Amaltheia I Naftiki Etaireia*, r.o. 45.

bescherming van de werknemers⁶¹ dwingende redenen van algemeen belang kunnen zijn, die beperkingen op het vrije vestigingsrecht kunnen rechtvaardigen. Het loutere feit dat een beperking op het vrije verkeer een legitieme doelstelling dient, volstaat echter niet.⁶² *In casu* oordeelde het Hof van Justitie dat het tewerkstellingssysteem van toepassing in de Spaanse openbare havens verder gaat dan nodig is om de beoogde legitieme doelstellingen te bereiken omdat er, volgens het Hof, minder verregaande maatregelen mogelijk zijn om de bescherming van de werknemers en de veiligheid in de havens te waarborgen. Het Hof meent ter zake dat de vrijheid aan de goederenbehandelaars gelaten zou kunnen worden om zelf gespecialiseerde aanwervingskantoren op te richten en te beheren, die moeten instaan voor een voldoende aantal havenarbeiders en voor hun opleiding.^{63, 64} Bijgevolg werd het Spaanse tewerkstellingssysteem van havenarbeiders strijdig geacht met de vrijheid van vestiging.

VI. AFSLUITENDE BEDENKINGEN

16. Overeenkomstig artikel 258 VWEU kon de Commissie, na ontvangst van de opmerkingen van de Belgische overheid op haar in maart 2014 geuite bezwaren, een gemotiveerd advies opstellen of de zaak zelfs aanhangig maken bij het Hof van Justitie. Bij het schrijven van deze tekst, in de lente van 2015, was dit nog niet gebeurd. Meer zelfs, luidens bepaalde (pers)berichten zou de Belgische Staat de Commissie ervan kunnen overtuigen om haar bezwaren tegen de Belgische regels inzake havenarbeid te laten varen. Wat er ook van zij, de druk op het door de Havenarbeidwet gebetonneerde gesloten systeem van tewerkstelling is niet nieuw en werd en wordt met de regelmaat van de klok opgedreven. Tot dusver houdt het systeem echter stand.

Het is ongetwijfeld juist dat de wettelijke verankering van het gesloten tewerkstellingssysteem in 1972 toch vooral bedoeld was om de positie van de werknemersorganisaties, en bij uitbreiding die van hun leden-havenarbeiders, veilig te stellen. Daarmee kreeg een oude, feitelijke situatie in het havenbedrijf, met de stilzwijgende instemming van de werkgevers, een juridische grondslag. Het is evenzeer juist dat de verplichting om een beroep te doen op erkende

⁶¹ Zie HvJ 18 juni 1998, C-266/96, *Corsica Ferries*, r.o. 60.

⁶² HvJ 21 juli 2011, C-518/09, *Commissie/Portugal*, r.o. 65.

⁶³ HvJ 11 december 2014, C-576/13, *Commissie/Spanje*, r.o. 55.

⁶⁴ Ook in haar ingebrekestelling aan België suggereerde de Commissie dat een minder beperkende maatregel erin zou kunnen bestaan dat de aanbieders van havendiensten “zelf aanwervingskantoren kunnen oprichten en beheren om ervoor te zorgen dat er steeds genoeg permanent en/of tijdelijk havenpersoneel beschikbaar is. Zij zouden ook werknemerscontingenten kunnen oprichten en het beheer ervan overdragen aan andere gespecialiseerde ondernemingen” (C(2014) 1874final, 10). Wat deze gespecialiseerde interimkantoren anders zouden moeten of kunnen doen dan wat de erkende werkgeversorganisaties nu reeds doen, wordt evenwel niet gepreciseerd.

havenarbeiders voor taken van havenarbeid een belemmering kan vormen voor (binnen- of buitenlandse) ondernemingen die in een Belgisch havengebied hun schepen willen laten laden of lossen. Het is evenmin voor redelijke betwisting vatbaar dat vragen gesteld kunnen worden bij de verplichting om een beroep te doen op erkende havenarbeiders voor bepaalde taken van zuiver logistieke aard.

17. Nochtans moeten de mogelijke juridische of feitelijke bezwaren tegen het systeem – behalve dan misschien voor wat logistieke havenarbeid betreft – ook genuanceerd worden, en moet ernstig nagedacht worden over de gevolgen van een eventuele afschaffing van het gesloten tewerkstellingssysteem en hoe deze op te vangen.

De tussenkomst van de vakbonden in de erkenningsprocedure van havenarbeiders is reëel en de syndicalisatiegraad in de havens is hoog. Anderzijds kan in de praktijk alleen maar vastgesteld worden dat dit kandidaat-havenarbeiders kennelijk niet hindert of belet om een erkenningsdossier in te dienen. Bovendien wordt een erkenning finaal enkel verleend op basis van de bij koninklijk besluit bepaalde (geenszins buitenissige) erkenningsvoorwaarden, en lidmaatschap van een vakorganisatie is er daar geen van.

In het belangrijkste Belgische havengebied, de haven van Antwerpen, zijn nagenoeg alle goederenbehandelaars van enige betekenis sinds jaar en dag in buitenlandse handen. Blijkbaar ondervonden deze ondernemingen niet de hinder die de Europese Commissie in de havenarbeidsreglementering ontwaart, om zich hier te vestigen.

Daarnaast is de interne arbeidsmarkt ook niet zo ondoordringbaar als op het eerste gezicht gedacht zou kunnen worden. In de eerste plaats is het sinds 2004 voor Europese havenarbeiders op basis van reciprociteit van erkenning mogelijk om in Belgische havens havenarbeid te verrichten.⁶⁵ In de tweede plaats is havenarbeid door zelfstandigen niet verboden en kunnen bepaalde vormen van havenarbeid in de praktijk ook door zelfstandigen verricht worden. Ten derde kunnen de sociale partners, in functie van de economische conjunctuur en het werkvolume in de havens, het contingent havenarbeiders zelf aanpassen. Eens opgenomen en erkend genieten zij dan van bepaalde sociale voordelen, waaronder een aantrekkelijker systeem van werkloosheidsvergoedingen. Een eventuele afschaffing van de contingentering zal ongetwijfeld een impact hebben op de houdbaarheid van deze sociale bescherming. Wordt de erkenningsprocedure opgeheven en het contingent opengesteld, dan valt het te verwachten dat gelukzoekers trachten een graantje mee te pikken van het (in vergelijking met andere sectoren) relatief genereuze vergoedingssysteem bij werkloosheid, dat daardoor onbetaalbaar zal worden.

⁶⁵ In de praktijk stelt men echter vast dat, althans in het Antwerpse havengebied, van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt.

In dit verband moet tevens de vraag gesteld durven worden wat de Europese Commissie onder sociale bescherming verstaat. In haar ingebrekestelling aan België definieert de Commissie de bescherming van werknemers als “de bescherming van het huidige werkgelegenheidsniveau en het ondersteunen van de creatie van nieuwe banen door de vraag naar havenarbeid te stimuleren”.⁶⁶ Aldus lijkt de Commissie de kwantiteit aan jobs te laten primeren op de kwaliteit ervan en de arbeidsveiligheid, waarover in de ingebrekestelling nauwelijks gesproken wordt. De vaststelling van een inbreuk op de vrijheid van vestiging, of een ander beginsel van vrij verkeer, is het resultaat van een afweging tussen enerzijds de beperkende maatregel op zich en anderzijds de gronden die de beperking kunnen rechtvaardigen. Het wordt niet betwist dat de bescherming van werknemers een van die rechtvaardigingsgronden kan zijn. Jobcreatie is onmiskenbaar een belangrijk aspect van sociale bescherming, maar indien sociale bescherming enkel hiertoe herleid wordt, zal sneller tot een inbreuk op het vrije verkeer besloten moeten worden. Nochtans is dit blijkbaar de weg die de Commissie in het dossier van de havenarbeid is ingeslagen, waarbij evenwel de vraag gesteld moet worden of sociale bescherming inderdaad beperkt is of kan worden tot de creatie van nieuwe banen.

⁶⁶ Europese Commissie, C(2014) 1874final, 10.

OVER ONTMOETINGEN TUSSEN DE AFDELING WETGEVING VAN DE RAAD VAN STATE EN HET SOCIAAL RECHT

Véronique PERTRY

Advocaat

Docent sociaal recht UA Antwerpen

I. INLEIDING

1. Professor dr. Marc RIGAUX is zonder twijfel een van de belangrijkste personen geweest in mijn juridische loopbaan. Ik mocht een stukje assistent arbeidsrecht onder zijn leiding zijn in de bijzondere licentie sociaal recht aan de VUB. Later introduceerde hij me op de Universiteit Antwerpen, waar hij zijn hoofdbezigheid had. In de meer dan vijftientig jaren nadien, waarin we in hetzelfde interess domein actief waren, bleven we steeds in contact en spraken we elkaar regelmatig over juridische onderwerpen en sociaal recht in het bijzonder. Vanaf het begin was ik geboeid door de wijze waarop hij, onderbouwd door een diepgaand inzicht in en visie op het ruime sociaal recht en het recht in het algemeen, samen met een zeer grondige technische bagage vergaard bij zijn nooit aflatende studiewerk, er steeds in slaagde om de zaken anders te bekijken, vanuit verrassende en ongebruikelijke invalshoeken. Zo verdiepte hij zich reeds in sociale grondrechten, lang voor anderen aan dit domein aandacht schonken.

Professor Marc RIGAUX is sinds 2002 assessor¹ bij de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Deze bijdrage leek me aldus een uitgelezen moment om eens stil te staan bij dat deel van zijn taken dat zich achter de schermen afspeelde in de afdeling Wetgeving van deze Raad van State, en om te onderzoeken wat deze afdeling zoal van adviezen gegeven heeft bij sociale wetgeving in de ruime zin.² Ik ging daarvoor, zonder enige pretentie van volledigheid, grasduinen in een 80-tal

¹ KB 2 augustus 2002, BS 24 augustus 2002.

² Voor het overzicht van de genomen wetgeving tussen 2002 en 2015 heb ik me gebaseerd op de overzichten van wetgeving in de *Sociale Compendia Arbeidsrecht en Socialezekerheidsrecht* van Prof. dr. W. VAN EECKHOUTTE, tussen 2002-2015. Ik heb in het onderzoek ook sociale bepalingen betrokken, opgenomen in bv. algemene programmawetten.

gepubliceerde adviezen tussen 2002 en 2015. Ik heb me bij de lezing van de adviezen vooral gericht op die bemerkingen die me ‘typisch’ leken voor de ‘sociale’ wetgever, commentaren die de kern van het sociaal recht raken. Wetstechnische bemerkingen of commentaren die evenzeer bij andere wetgeving van toepassing zijn, heb ik doorgaans niet opgenomen in dit beknopte overzicht. Een volledige en grondige studie van alle adviezen zou trouwens het opzet van deze beperkte bijdrage volstrekt overstijgen. Ik diende me ook – noodgedwongen – te beperken tot de gepubliceerde adviezen van de Raad van State, wat automatisch betekent dat enkel adviezen voorafgaand aan (genomen) federale wetgeving, decreten en een uitzonderlijke ordonnantie werden onderzocht. Adviezen bij besluiten heb ik niet onderzocht. Ik ben niet zo ver gegaan om de publicatie van al deze besluiten in het *Belgisch Staatsblad* na te gaan om te zien of, samen met een Verslag aan de Koning, ook nog het advies van de Raad van State was gepubliceerd.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft tijdens de onderzochte jaren alvast de handen meer dan vol gehad met adviezen over sociale wetgeving.³

Mijn bijdrage start met een situering van de afdeling Wetgeving bij de Raad van State (II), gevolgd door een beknopt overzicht van bemerkingen vanwege de afdeling Wetgeving op wetten, decreten en ordonnanties ‘typisch’ voor de rechtstak van het sociaal recht (in de ruime zin) (III), gevolgd door enkele afsluitende vaststellingen (IV).

II. RAAD VAN STATE: AFDELING WETGEVING

A. ALGEMEEN

2. De Grondwet⁴ zelf bepaalt dat er voor heel België één Raad van State bestaat. De organieke wetten op de Raad van State, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 12 januari 1973 (hierna: RvS-wet), regelen de bevoegdheid, organisatie en werking van de Raad van State.

De Raad van State is ongetwijfeld het meest bekend door zijn bevoegdheid om, bij arrest, administratieve rechtshandelingen (individuele rechtshandelingen en reglementen) te schorsen en te vernietigen.⁵ De Raad van State heeft daarnaast nog andere rechtsprekende bevoegdheden. Zo is hij ook cassatierechter voor beroepen tegen de uitspraken van de lagere administratieve rechtscolleges.⁶

³ De statistische gegevens in jaarverslagen van de Raad van State laten niet toe om per rechtsgebied te bepalen hoeveel adviezen zijn gegeven. De overzichten in de reeds vermelde Sociale Compendia doen in elk geval vaststellen dat de wetten, decreten en ordonnanties ruim in de minderheid zijn in het geheel van de sociaalrechtelijke regelgeving.

⁴ Art. 160 Gw.

⁵ Art. 14, § 1 gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, BS 21 maart 1973, 3461.

⁶ Art. 14, § 2 RvS-wet.

Daarnaast speelt de Raad van State de rol van adviesorgaan op wetgevend en reglementair gebied.

In lijn met dit tweevoudige takenpakket is de Raad van State opgedeeld in een afdeling Bestuursrechtspraak en een afdeling Wetgeving. In het kader van deze bijdrage komen uitsluitend de werkzaamheden van die laatste afdeling bondig in het vizier.⁷

B. SAMENSTELLING

3. De afdeling Wetgeving bestaat uit twaalf staatsraden en ten hoogste tien assessoren. De inrichting van de afdeling Wetgeving wordt geregeld in de artikelen 79 e.v. van de RvS-wet. Een eventuele verhoging van het aantal staatsraden in de afdeling Wetgeving kan op twee wijzen plaatsvinden, met name bij wet door een aanpassing van het voornoemde artikel, dan wel bij een interne maatregel. Ingevolge een steeds toenemend aantal adviesaanvragen werd zo, eind 2013, alvast één staatsraad toegevoegd aan de Nederlandstalige kamers Wetgeving.⁸

De afdeling Wetgeving telt twee Nederlandstalige en twee Franstalige kamers en is samengesteld uit twaalf magistraten, namelijk vier kamervoorzitters en acht staatsraden, verdeeld over vier kamers.⁹ De afdeling Wetgeving wordt voorgezeten door de Eerste Voorzitter of de Voorzitter van de Raad van State. De afdeling Wetgeving kan desgevallend zitting houden in verenigde kamers (een Nederlandstalige en een Franstalige kamer) of in algemene vergadering (de vier kamers).

Naast drie leden van de Raad bestaat elke kamer uit twee assessoren. Assessoren zijn hooggekwalificeerde personen, bijvoorbeeld hoogleraren, advocaten, hoge ambtenaren, die worden voorgedragen door de Algemene Vergadering van de Raad van State. Elke kamer wordt bijgestaan door een griffier. Professor Dr. Marc RIGAUX is assessor bij de afdeling Wetgeving sinds 2002.

C. BEVOEGDHEID

4. De belangrijkste taak van de Raad van State, afdeling Wetgeving, is het verstrekken van beredeneerde juridische adviezen aan de verschillende wetgevende vergaderingen en regeringen over voorstellen of voorontwerpen van wet, decreet, ordonnantie, evenals over ontwerpen van reglementaire besluiten.¹⁰ Daarnaast

⁷ Voor een uitgebreide bespreking zie M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Administratieve rechtsbibliotheek 10. Raad van State. II. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 280 p.

⁸ M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Administratieve rechtsbibliotheek 10. Raad van State. II. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 9.

⁹ Art. 79-85bis RvS-wet en www.raadvst-consetat.be/?lang=nl&page=about_organisation_council_page2.

¹⁰ Art. 2-3 RvS-wet.

heeft de afdeling Wetgeving nog enkele andere taken waarbij ik hier niet verder stilsta.¹¹

5. Al naargelang het geval is het inwinnen van een advies bij de afdeling Wetgeving een verplichting¹² of een loutere mogelijkheid.¹³

Interessant om te weten is dat de minister, bevoegd voor werk, om advies kan vragen aan de afdeling Wetgeving over een ontwerp van koninklijk besluit tot algemeenverbindendverklaring van een collectieve arbeidsovereenkomst.¹⁴

Elk voorontwerp van wet, decreet of ordonnantie en alle ontwerpen van reglementair besluit moeten voor advies worden voorgelegd¹⁵, behoudens in het met bijzondere redenen omkleed geval van hoogdringendheid.¹⁶

6. De uitzondering van de “het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid”¹⁷ slaat zowel op voorontwerpen van wet, decreet of ordonnantie, als op ontwerpen van reglementaire besluiten.¹⁸ Er is sprake van hoogdringendheid wanneer om ernstige redenen die klaar en duidelijk moeten worden aangegeven, een vertraging de nuttige gevolgen van het betrokken ontwerp in gevaar kan brengen.¹⁹ De ingeroepen hoogdringendheid moet sedert 1980 uitdrukkelijk worden gemotiveerd.²⁰

¹¹ Het opmaken van de tekst van voorontwerpen van wetten, decreten, ordonnantie, besluiten, reglementen of amendementen op verzoek van de Eerste Minister, een voorzitter van een gemeenschaps- of een gewestregering, of anderen (art. 6 RvS-wet), alsmede advies verlenen over de door het coördinatiebureau opgemaakte ontwerpen van coördinatie of codificatie (art. 6bis RvS-wet), of nog taken die te maken hebben met het regelen en voorkomen van belangenconflicten (art. 3, § 3 RvS-wet).

¹² Art. 2, § 2-4 en art. 3 RvS-wet (i.v.m. de verplichte raadpleging).

¹³ Art. 2, 4 en 5 RvS-wet (i.v.m. de facultatieve raadpleging).

¹⁴ Art. 5 RvS-wet. G. COX en K. LEUS, “De rol van de beginzelen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeenverbindendverklaring van cao's” in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *Memorabilia Jan Rombouts*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 129-183, inz. 169 e.v.

¹⁵ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1139-1140. Reglementaire besluiten zijn besluiten die een rechtsregel formuleren en dus een algemene draagwijdte hebben; ze voorzien in een onpersoonlijke, abstracte rechtstoestand die voor een onbepaald aantal gevallen geldt.

¹⁶ Evenmin de ontwerpen betreffende begrotingen, rekeningen, leningen, domeinverrichtingen en het legercontingent: zie art. 3 RvS-wet.

¹⁷ Hoogdringendheid of dringende noodzakelijkheid mag niet worden verward met spoedeisendheid (voor spoedeisendheid zie *infra* randnummer 10): zie ook Raad van State, *Vademecum adviesprocedure afdeling wetgeving*, 2015, 8, www.raadvst-consetat.be/?page=news&lang=nl&newsitem=266.

¹⁸ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1144.

¹⁹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1146.

²⁰ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1144 met verwijzing naar de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen.

Het invoeren van de hoogdringendheid is, wat voor de voorontwerpen van wet, decreet of ordonnantie betreft, niet absoluut. Er bestaat immers een belangrijke uitzondering op de uitzondering: in die gevallen zal, zelfs indien de hoogdringendheid wordt ingeroepen, niettemin het advies verplicht zijn met dien verstande dat het aldus vereiste advies zich beperkt tot de vraag of het voorontwerp betrekking heeft op aangelegenheden die, al naar het geval, tot de bevoegdheid van de Federale Staat, de gemeenschap of het gewest behoren.²¹

Wordt de hoogdringendheid ingeroepen voor een voorontwerp van wet, dan moet het advies van de afdeling Wetgeving bovendien slaan op de vraag of de voorgelegde tekst betrekking heeft op aangelegenheden waarvoor de federale wetgevende macht gezamenlijk wordt uitgeoefend door de Koning en de Kamer van volksvertegenwoordigers, op aangelegenheden waarvoor de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat gelijkelijk gevoegd zijn of op aangelegenheden waarvoor het wetsontwerp moet worden aangenomen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers met verzending aan de Senaat.²²

D. WERKWIJZE VAN DE AFDELING WETGEVING

7. In het kort komt het erop neer dat de adviesaanvraag in eerste instantie behandeld wordt door een lid van het auditoraat dat een verslag opstelt, dat het ter zitting brengt van de afdeling Wetgeving. Een documentatienota met de teksten waarop het ontwerp steunt alsook de precedenter vergezellen het auditoraatsverslag. De kamerleden van de afdeling Wetgeving onderzoeken ter zitting de teksten en formuleren hun advies op basis van het verslag van de auditeur. De griffier zorgt voor kennisgeving van het advies aan de overheid die om het advies heeft verzocht.²³

E. TERMIJNEN VOOR EEN ADVIES

8. De gevraagde adviezen hoeven niet in alle gevallen even uitgebreid te zijn. De in voorkomend geval beperktere draagwijdte van het advies hangt samen met de gehanteerde termijnen.

Indien in de adviesaanvraag niet om een advies wordt verzocht binnen één van de in de gecoördineerde wetten vermelde termijnen, dan is het zo dat de afdeling Wetgeving zelf beslist binnen welke termijn zij haar advies uitbrengt.²⁴ Het

²¹ Art. 3, § 2, eerste lid RvS-wet.

²² *Ibid.*

²³ Zie voor meer uitgebreide uiteenzetting over de werkwijze op de website van de Raad van State: www.raadvst-consetat.be.

²⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1154.

is uitermate exceptioneel dat een adviesaanvrager geen termijn oplegt. De termijnen vermeld in de gecoördineerde wetten waren nochtans bedoeld voor uitzonderlijke, waarlijk spoedeisende ontwerp teksten, maar de uitzondering blijkt de regel te zijn geworden, zodat het merendeel van de adviezen sinds jaren binnen een termijn wordt gevraagd.²⁵

9. De aanvrager kan om het advies binnen een termijn van zestig of dertig dagen (verlengbaar met vijftien dagen indien de zaak onderzocht moet worden door de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving of door de verenigde kamers) verzoeken.²⁶ De termijn van dertig dagen is de meest voorkomende vorm van adviesaanvraag bij de afdeling Wetgeving, ook al is die, zoals de termijn van vijf werkdagen, een uitzondering op de principiële vrijheid van de afdeling Wetgeving om zelf te bepalen wanneer zij haar advies uitbrengt. In die gevallen *kan* de afdeling Wetgeving zich beperken tot het onderzoek van de rechtsgrond²⁷, van de bevoegdheid van de steller van de handeling, alsook van de te vervullen vormvereisten. In de praktijk zal het advies bij een adviesaanvraag binnen dertig dagen, mede afhankelijk van het toenemend aantal adviesaanvragen, ook daadwerkelijk daartoe beperkt zijn.²⁸

10. De aanvrager kan onder aanvoering van de spoedeisendheid die met bijzondere redenen moet zijn omkleed²⁹, om advies verzoeken binnen een termijn van vijf³⁰ werkdagen. De termijn van vijf werkdagen wordt van rechtswege tot acht werkdagen verlengd ingeval het advies wordt gegeven, in verenigde kamers of door de algemene vergadering. De afdeling Wetgeving *moet* zich, wanneer hij om een advies bij spoedeisendheid wordt verzocht, beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsook

²⁵ *Ibid.*, 1154. Zie ook Jaarverslag 2012-2013: www.raadvst-consetat.be/?lang=nl&page=about_annualreports.

²⁶ Art. 84, § 1, 1°-2° RvS-wet: een normatieve ontwerp tekst zal worden behandeld in verenigde kamers bij het bestaan van een bevoegdheidsprobleem dat doorgaans een meer uitgebreid onderzoek noodzakelijk maakt. Aanvragen worden aan de algemene vergadering voorgelegd wanneer ze betrekking hebben op delicate rechtsvragen betreffende bepaalde (fundamentele) constitutionele of andere juridische basisbeginselen of die van een bijzondere actualiteitswaarde getuigen en delicate rechtsvragen oproepen: zie M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Administratieve rechtsbibliotheek 10. Raad van State. II. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 211.

²⁷ Met rechtsgrond wordt bedoeld de overeenstemming met de hogere rechtsnormen, wanneer het advies een ontwerp van wet betreft (zie bv. Adv.RvS 55.151/1 over een voorontwerp van wet betreffende de erkenning van de mantelverzorger die een persoon met een grote zorgbehoefte bijstaat, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3439/001, 12).

²⁸ Art. 84, § 3 RvS-wet.

²⁹ Die motivering dient dan weergegeven te worden in de aanhef van het reglementair besluit. Die motivering kan door de rechter worden getoetst. Zie hierover A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1155.

³⁰ Tot acht werkdagen te verlengen wanneer de zaak onderzocht moet worden door de algemene vergadering of door de verenigde kamers. Zie hierover art. 84, § 1, 3° RvS-wet.

van de te vervullen vormvereisten.³¹ Betreft de adviesaanvraag een voorontwerp van wet, dient het advies ook de vraag te beantwoorden of de voorgelegde tekst betrekking heeft op aangelegenheden waarvoor de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat gelijkelijk gevoegd zijn of op aangelegenheden waarvoor het wetsontwerp moet worden aangenomen door de Kamer van Volksvertegenwoordigers met verzending aan de Senaat. Belangrijk is ook de motiveringsplicht die geldt wanneer om een advies bij spoedeisendheid wordt verzocht.³² Zo dient bij reglementaire besluiten de opgegeven motivering van het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag in aansluiting hierop, ook (op identieke wijze) in de aanhef van het besluit te worden opgenomen. De behoorlijke motivering van het verzoek om spoedbehandeling is een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de adviesaanvraag.

De afdeling Wetgeving mag de aanvrager op eigen initiatief om een verlenging van de termijn verzoeken.

11. Wanneer het advies betrekking heeft op een ontwerp van reglementair besluit en de afdeling Wetgeving dat advies niet binnen de opgegeven termijn heeft bezorgd, hoeft de aanvrager niet meer te wachten op dat advies en wordt de aanvraag aan de Raad van State onttrokken.³³ In dat geval wordt in de aanhef van het besluit melding gemaakt van het ontbreken van de mededeling van het advies binnen de termijn. Bij een voorontwerp of voorstel van wet, decreet of ordonnantie moet de afdeling Wetgeving binnen de voorgeschreven adviestermijn (zonder dat in een uitdrukkelijke sanctie bij termijnoverschrijding is voorzien) haar advies verstrekken dat ten minste betrekking heeft op het door de wet voorgeschreven beperkte onderzoek (van de rechtsgrond, de bevoegdheid respectievelijk de te vervullen vormvereisten).³⁴

12. Een bijzondere termijn die niet korter mag zijn dan vijftien dagen speelt ingeval een advies wordt gevraagd over een ontwerp van koninklijk besluit tot algemeenverbindendverklaring van een CAO.³⁵

³¹ Art. 84, § 3 RvS-wet.

³² M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Administratieve rechtsbibliotheek 10. Raad van State. II. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 198.

³³ Art 84, § 4, tweede lid RvS-wet.

³⁴ Art. 84, § 3 RvS-wet.

³⁵ Art 5 RvS-wet.

F. KENMERKEN VAN HET ADVIES VAN DE AFDELING WETGEVING

13. Het advies van de afdeling Wetgeving heeft drie essentiële kenmerken: het is niet-bindend, beredeneerd en juridisch.³⁶

Het niet-bindende karakter van het advies heeft tot gevolg dat het aan de adviesvragende overheid is om al dan niet rekening te houden met de opmerkingen van het advies en het daaraan aan te passen. In de praktijk blijken de adviezen van de afdeling Wetgeving een groot gezag te hebben en veelal te worden gevolgd. In de praktijk zal de overheid regelmatig verduidelijken in de memorie van toelichting of, in voorkomend geval, in het verslag aan de Koning, of aan de regering, waarom zij meent op bepaalde punten het advies niet te moeten volgen.³⁷

Het advies is beredeneerd, in die zin dat het juridisch probleem niet enkel wordt opgeworpen, maar dat tegelijk ook de redenen voor het probleem worden tot uitdrukking gebracht én een mogelijk en juridisch aanvaardbare oplossing ervoor wordt gesuggereerd.³⁸

Het advies is juridisch-technisch van aard, wat inhoudt dat het niet van beleidsmatige aard is en zich dus niet uitspreekt over de opportuniteit, de wenselijkheid, de gepastheid of de maatschappelijke relevantie van de voorgenen maatregel.³⁹

14. Het juridisch-technische onderzoek blijft evenwel niet beperkt tot louter vormelijke of redactionele opmerkingen. Het spitst zich daarnaast toe op de wettigheid (in meest ruime zin) van de voor advies voorgelegde tekst maar ook op de inpasbaarheid van het ontwerp in het geheel van de reeds bestaande reglementering en de Belgische rechtstraditie, evenals op de leesbaarheid van de tekst.⁴⁰ Het gaat met andere woorden om een inhoudelijk onderzoek waarbij ook de meest delicate inhoudelijk-juridische problemen worden onderzocht. In het onderzoek naar de wettigheid wordt nagegaan of het beginsel van de hiërarchie der normen is nageleefd. Hiermee wordt bedoeld de overeenstemming met supranationale rechtsregels en met het grondwettelijk recht, vooral wat de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale overheid en de gemeenschappen en de gewesten betreft, de overeenstemming met de wet, het decreet of de ordonnantie,

³⁶ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1149-1151.

³⁷ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1149.

³⁸ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1149-1150.

³⁹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1150.

⁴⁰ *Ibid.*, 1150.

en meer bepaald voor ontwerpen van reglementaire besluiten wordt nagegaan of de voorgelegde regeling een toereikende rechtsgrond heeft in de hogere regeling.⁴¹

Desgevallend kan de afdeling Wetgeving haar onderzoek ook uitbreiden tot aspecten van wetgevingstechniek, waarbij ze dan onder andere nagaat of de voorgelegde tekst samenhang vertoont vanuit juridisch oogpunt.⁴²

Indien evenwel, zoals hiervoor reeds is aangegeven, om spoedbehandeling wordt verzocht, dan beperkt de afdeling Wetgeving haar onderzoek al naar het geval tot het nagaan of de voorgelegde tekst betrekking heeft op aangelegenheden bedoeld in de artikelen 74, 77 of 78 van de Grondwet, het onderzoek van de rechtsgrond, van de bevoegdheid van de steller van de handeling, en de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.⁴³

G. GEVOLGEN VAN EEN ADVIES VAN DE AFDELING WETGEVING

15. Het advies is niet-bindend voor de adviesvrager. Het niet-navolgen van de opmerkingen van de afdeling Wetgeving geeft dan ook geen aanleiding tot rechtstreekse sancties. Wel is het natuurlijk zo dat het advies mogelijk nuttige stof kan opleveren voor latere betwistingen van de voorgelegde teksten zodra die zijn aangenomen, bij procedures gevoerd voor het Grondwettelijk Hof, de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak of voor administratieve of jurisdictionele rechtscolleges, al naargelang het geval. De teksten kunnen, nadat ze norm zijn geworden, steeds binnen het kader van de bevoegdheden van de respectieve rechtscolleges en afhankelijk van de aard van de in vraag gestelde maatregel, hetzij worden geschorst of vernietigd, hetzij buiten toepassing worden verklaard in een bepaalde betwisting op basis van artikel 159 van de Grondwet. Ook sociaal-rechtelijke teksten ontsnappen hieraan niet.

H. SANCTIES IN GEVAL VAN NIET-NALEVING VAN DE ADVIESVERPLICHTING

16. Ingeval een voorontwerp van wet, decreet of ordonnantie, niet is voorgelegd voor advies aan de afdeling Wetgeving, is er geen eigenlijke juridische sanctie voorzien. De vernietiging van de wet, decreet of ordonnantie op die basis kan niet verkregen worden voor het Grondwettelijk Hof⁴⁴ en evenmin uiteraard voor de

⁴¹ www.raadvst-consetat.be.

⁴² www.raadvst-consetat.be.

⁴³ Art. 84, § 3 RvS-wet.

⁴⁴ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 971 met verwijzing naar het arrest van het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) nr. 73/95 van 9 november 1995.

Raad van State. De gewone rechter kan de desbetreffende wet, decreet of ordonnantie evenmin buiten toepassing verklaren om reden van schending van de adviesverplichting.

17. Bij een reglementair besluit waarvoor de adviesverplichting niet is nagekomen, liggen de zaken anders. De schending van die vormverplichting heeft volgens de jurisprudentie van het Hof van Cassatie de onwettigheid van het desbetreffende besluit tot gevolg, hetgeen zo nodig ambtshalve wordt vastgesteld.⁴⁵ Voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State schendt een reglementair besluit dat, behoudens het geval van gemotiveerde hoogdringendheid, niet aan het voorafgaande advies van de afdeling Wetgeving werd onderworpen, een op straffe van nietigheid voorgeschreven substantiële vormvereiste⁴⁶, wat zelfs ambtshalve wordt opgeworpen⁴⁷, en wat aanleiding kan geven tot vernietiging van het bestreden besluit of het buiten toepassing laten ervan op grond van artikel 159 van de Grondwet. De rechters van de rechterlijke macht zullen van hun kant de toepassing weigeren van besluiten genomen met schending van de raadplegingsvereiste, weermom met toepassing van artikel 159 van de Grondwet.⁴⁸ Ook het gebrek in de motivering wanneer om een spoedadvies wordt verzocht, kan naderhand aanleiding geven tot een rechterlijke sanctie.⁴⁹

Het bekendste voorbeeld uit het sociaal recht is ongetwijfeld de jarenlange saga met bijbehorende rechtsonzekerheid omtrent het verschuldigd zijn van intresten op het bruto- of nettoloon die met de inwerkingtreding van de artikelen 81 en 82 van de wet van 26 juni 2002 opgelost had moeten zijn. Helaas was het koninklijk besluit van 3 juli 2005⁵⁰ betreffende de inwerkingtreding van de artikelen 81 en 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen, dat deze inwerkingtreding moest regelen, niet voor advies voorgelegd aan de afdeling Wetgeving, wat tot gevolg had dat een deel van de rechtspraak van oordeel was dat het voormelde koninklijk besluit onwettig was.⁵¹ Het probleem werd uiteindelijk 'geremedieerd' met een wetgevende tussenkomst.⁵²

⁴⁵ Cass. 10 maart 1955, *Pas.* 1955, I, 760 en A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1148.

⁴⁶ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1175 e.v.

⁴⁷ Zie hierover A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1148 met verwijzingen naar rechtspraak.

⁴⁸ Cass. 9 september 2002, RW 2003-04, 457-460, noot E. VERHEYDEN.

⁴⁹ M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Administratieve rechtsbibliotheek 10. Raad van State. II. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 201.

⁵⁰ KB 3 juli 2005 betreffende de inwerkingtreding van de artikelen 81 en 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen, BS 12 juli 2005, 32.108.

⁵¹ Arbh. Antwerpen 25 april 2007, AR 2060515, onuitg.; Arbh. Antwerpen 22 oktober 2007, AR 2060682 en 2070095, onuitg.

⁵² Met terugwerkende kracht, wat nog leidde tot het arrest van het Grondwettelijk Hof: GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010 (zie B.4.2 voor een overzicht van de hele historiek).

I. PUBLICITEIT VAN DE ADVIEZEN

18. In tegenstelling tot de arresten van de afdeling Bestuursrechtspraak zijn de adviezen van de afdeling Wetgeving (noch de zittingen van de kamers) niet openbaar. De adviezen zijn dan ook niet beschikbaar op de website van de Raad van State. Het advies van de Raad van State wordt slechts bekendgemaakt in de mate dat de wetgever dit voorschrijft hetgeen de uitzondering op de regel is. Tot op vandaag zijn de adviezen in de regel immers vertrouwelijk en is het aan de aanvrager van het advies om te oordelen over de opportuniteit om ze aan derden te bezorgen. Twee uitzonderingen bestaan op dit principe.

19. Zo worden de adviezen over voorontwerpen van wetten, decreten of ordonnances bekendgemaakt in de parlementaire stukken van de betrokken vergadering hetgeen uiteraard veronderstelt dat het ontwerp ook effectief door de regering bij de wetgevende kamer(s) wordt ingediend. Bekendmaking via de parlementaire stukken geldt ook voor de adviezen gegeven aan de voorzitters van wetgevende vergaderingen over ontwerpen of voorstellen van wet, decreet of ordonnantie.

Wanneer een reglementair besluit wordt (of *moet* worden⁵³) gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* met een verslag aan de Koning of aan de regering (hetgeen veeleer uitzondering dan regel is), dan dient samen met dat verslag ook het advies van de afdeling Wetgeving te worden gepubliceerd.

In de jaarverslagen van de Raad van State kan ook nog een beperkt overzicht van de gepubliceerde adviezen teruggevonden worden.⁵⁴

20. Het niet actief openbaar maken van de adviezen van de Raad van State wordt door velen als een gemis ervaren. Bovendien is het principieel vertrouwelijk karakter van de adviezen van de afdeling Wetgeving minder evident geworden sinds het (passieve) recht op openbaarheid van bestuursdocumenten in artikel 32 van de Grondwet is ingeschreven en nader is uitgewerkt in onder meer de wet van 11 april 1994 “betreffende de openbaarheid van bestuur”.⁵⁵

⁵³ Zie hierover art. 3bis RvS-wet.

⁵⁴ www.raadvst-consetat.be.

⁵⁵ Zie hierover M. VAN DAMME en B. DE SUTTER, *Administratieve rechtsbibliotheek 10. Raad van State. II. Afdeling Wetgeving*, Brugge, die Keure, 2013, 201 en K. LEUS, *Openbaarheid van overheidsinformatie in België. Hoe transparant is openbaarheid van overheidsinformatie?*, Preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 11-68, inz. 46-49.

III. BEKNOPT OVERZICHT VAN DE VOORNAAMSTE BEMERKINGEN VAN DE AFDELING WETGEVING ‘TYPISCH’ VOOR HET SOCIAAL RECHT

A. DE SOCIALE WETGEVER IS ALTIJD GEHAAST ...

21. Zo goed als alle adviezen worden van de afdeling Wetgeving binnen een bepaalde termijn gevraagd.⁵⁶ Slechts enkele van de oudste van de onderzochte adviezen werden zonder termijn gevraagd.⁵⁷ Meestal werd het advies binnen de dertig dagen gevraagd, nu en dan binnen de vijf dagen. Ook adviezen over ontwerpen die nochtans fundamentele wijzigingen in het sociaal recht betreffen.⁵⁸ Dit heeft tot gevolg dat de Raad van State zich, al naargelang het geval⁵⁹, moet of kan beperken tot een beperkt onderzoek, namelijk onderzoek van de rechtsgrond, van de bevoegdheid van de steller van de handeling, alsook van de te vervullen vormvereisten.

22. De afdeling Wetgeving zelf klaagt trouwens ook over het veelvuldig beroep op de procedure van spoedbehandeling, omdat niet alleen de snelheid waarmee dan moet gewerkt worden nadelige gevolgen heeft voor de kwaliteit van de wetgeving, zodat naderhand dikwijls reparatiewetgeving noodzakelijk is, maar ook omdat de programmawetten waarvoor deze techniek wordt gebruikt vaak bepalingen bevatten die te maken hebben met fundamentele rechten en vrijheden

⁵⁶ Jaarverslag Raad van State 2012-13, www.raadvst-consetat.be; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1154 (zie voetnoot 75).

⁵⁷ Adv.RvS 31.100/1 over een voorontwerp van wet betreffende het beginsel van non-discriminatie ten gunste van deeltijdse werkers, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1374/001, 17; Adv.RvS 32.061/1 over een voorontwerp van wet betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, *Parl.St.* Kamer 2001-02, 1653/001, 11; Adv.RvS 32.713/1 over een voorontwerp van decreet betreffende de oprichting van de vennootschappen T-Groep en Werkholding, *Parl.St.* Vl.Parl. 2001-02, nr. 1159/1, 40; Adv.RvS 32.241/1 over een voorontwerp van wet betreffende de bescherming van de preventieadviseurs, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 2032/001, 38 en Adv.RvS 33.832/1 over een voorontwerp van decreet tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn, *Parl.St.* Vl.Parl. 2002-03, nr. 1812/1, 65.

⁵⁸ Adv.RvS 54.231/1 over een voorontwerp van wet betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3144/001. Zie ook: Adv.RvS 50.742/1/2 over het wetsontwerp houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 1952/013, 3 met aantal belangrijke wijzigingen aan de pensioenwetgeving.

⁵⁹ *Supra* randnr. 10.

die aan een grondig onderzoek zouden moeten kunnen onderworpen worden.⁶⁰ Dezelfde kritiek wordt geuit wanneer via een programmawet waarvoor de spoed-procedure wordt toegepast, fundamentele sociale wetten worden gewijzigd op een wijze die complexe juridische vragen oproept⁶¹ of als de afdeling Wetgeving van oordeel is dat zij geen werk kan leveren dat overeenstemt met de kwaliteitsvereisten die de regering of het parlement mogen verwachten, terwijl deze juridische bijdrage nochtans een factor is die de harmonieuze werking van de rechtsstaat bevordert.⁶²

... en komt soms zelfs te laat

23. Met verwijzing naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ergert de afdeling Wetgeving zich regelmatig aan de terugwerkende kracht die de sociale wetgever wil geven aan ontwerpen, en dit omwille van de rechtszekerheid en de bekommernis dat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan rechtmatige belangen, verwachtingen of aanspraken van rechtsonderhorigen en dit zonder afdoende verantwoording door uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang.⁶³

⁶⁰ Adv.RvS 34.971/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 2343/001, 146 en Adv.RvS 37.765/12/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1437/002, 583-584 met verwijzingen naar eerdere analoge opmerkingen.

⁶¹ Adv.RvS 37.765/12/3/4, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1437/002, 592 (wanneer via de programmawet de CAO-wet fundamenteel zou worden gewijzigd op het punt van de algemeen-verbindendverklaring van CAO's).

⁶² Adv.RvS 39.310/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2097/001, 180-181 en Adv.RvS 39.311/1/2/3/4 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2098/001, 188-189.

⁶³ Adv.RvS 45.419/1 over een voorontwerp van wet houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende het medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen en Adv.RvS 45.420/1 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende het medezeggenschap van de werknemers in ondernemingen ontstaan ten gevolge van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1951/001 en 1952/001, 31; Adv.RvS 49.323/1 over een voorontwerp van wet houdende aanpassing van de wet van 1 februari 2011 houdende verlenging van de crisismaatregelen en uitvoering van het interprofessioneel akkoord, en tot uitvoering van het compromis van de regering met betrekking tot het ontwerp van interprofessioneel akkoord, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001, 60; Adv.RvS 43.860/1 over een voorontwerp van wet houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende de rol van de werknemers in de Europese coöperatieve vennootschap en Adv.RvS 43.861/1 over het voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende de rol van de werknemers in de Europese coöperatieve vennootschap, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 810/001 en 811/001, 27-28; Adv.RvS 38.193/1 over een voorontwerp van wet houdende begeleidende maatregelen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende de rol van de werknemers in de Europese vennootschap en Adv.RvS 38.194/1 over een voorontwerp van

... en leek geen tijd te hebben om aan de voorafgaande verplichte vormen te voldoen

24. In beginsel moeten verplichte vormvereisten, zoals bijvoorbeeld adviezen van adviesorganen, raadpleging van de vakbonden, de Nationale Arbeidsraad of van het beheerscomité van instellingen van openbaar nut voor sociale zekerheid en sociale voorzorg of nog effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling, vervuld zijn vooraleer het advies van de Raad van State wordt ingewonnen. Regelmatig blijkt de vervulling van deze vormvereisten alvast niet uit het dossier dat aan de afdeling Wetgeving is voorgelegd.⁶⁴

B. DE SOCIALE WETGEVER ZIET MOGELIJK ENKELE ASPECTEN VAN DE (SOCIALE) STAATSHERVORMING OVER HET HOOFD

25. De afdeling Wetgeving onderzoekt stelselmatig of de steller van de handeling wel bevoegd is en analyseert hiertoe onder meer de laatste stand van de staatshervorming toegepast op het sociaal recht, waarbij dan de bevoegdheden van gemeenschap of gewest worden afgezet tegen deze die de federale overheid

wet houdende diverse bepalingen met betrekking tot de instelling van een bijzondere onderhandelingsgroep, een vertegenwoordigingsorgaan en procedures betreffende de rol van de werknemers in de Europese vennootschap, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1821/001 en 1822/001, 29 (i.v.m. strafbepalingen en administratieve geldboeten); Adv.RvS 39.310/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2097/001, 201-202 (over de interpretatieve wetsbepaling of retroactieve bepaling i.v.m. de vergoeding aan de RSZ te betalen indien de bijdragen op bedrijfswagens niet werden betaald); Adv.RvS 40.372/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/001, 112-113 (i.v.m. de solidariteitsbijdrage op bedrijfswagens) en 114 (i.v.m. wijzigingen aan de besluitwet van 28 december 1944); Adv.RvS 47.385/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2278/001, 223 (i.v.m. sociale-zekerheidsbijdragen op brugpensioenen); Adv.RvS 54.687/1/2 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake sociale zekerheid, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3359/001, 55-56 (i.v.m. de wijzigingen van bepalingen inzake jaarlijkse vakantie).

⁶⁴ Zie hierover Adv.RvS 54.231/1 over het voorontwerp van wet tot de invoering van het eenheidsstatuut arbeidersbedienden, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3144/001, 106-107; Adv. RvS 49.323/1, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001, 51-52; Adv. RvS 46.591/1 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen over tewerkstelling in tijden van crisis, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2003/001, 28-29; Adv.RvS 40.352/1 over een voorontwerp van wet tot invoering van een Sociaal Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1666/001, 486-487; Adv.RvS 37.983/1/3 over een voorontwerp van wet betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1627/001, 61-62; Adv.RvS 34.971/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 2343/001, 145; Adv.RvS 39.311/1/2/3/4 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2005-06, 189; Adv.RvS 47.385/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2278/001, 206; Adv.RvS 51.155/2 over het ontwerp van wet betreffende de vierdagenweek en het halftijds werken vanaf 50 of 55 jaar in de openbare sector, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 2232/001, 16; Adv.RvS 44.351/1/2/3/4 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen (I), *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 1200/001, 306.

heeft bewaard op het vlak van de sociale zekerheid en het arbeidsrecht.⁶⁵ Sommige adviezen zijn als het ware een paginalange cursus bevoegdheidsverdeling met talrijke verwijzingen.⁶⁶ Niet alleen de eventuele liefhebbers van de complexe sociaal-rechtelijke aspecten van de staatshervormingen kunnen zich bij de nauwgezette en hooggespecialiseerde analyses ongetwijfeld de intellectuele vingers aflikken; de adviezen kunnen ook voor de practicus bijzonder interessante informatie

⁶⁵ Adv.RvS 55.151/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3439/001, 53-55 (i.v.m. het statuut van de mantelzorger); Adv.RvS 54.231/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, 3144/001, 105-106 (i.v.m. outplacement); Adv.RvS 40.352/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1666/001 en 1667/001, 508-509 (i.v.m. het Sociaal Strafwetboek); Adv.RvS 45.419/1 en 45.420/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1951/001 en 1952/001, 28 (i.v.m. de omzetting van de richtlijn 2005/56/EG door het ontwerp van wet in confrontatie met de gemeenschapsbevoegdheid inzake onderwijs die o.m. omvat het vaststellen van de regels betreffende de rechtspositie van het personeel met inbegrip van de collectieve arbeidsverhoudingen); Adv.RvS 43.860/1 en Adv.RvS 43.861/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, 0810/001 en 0811/001, 25 (*idem* maar nu i.v.m. de omzetting van Richtlijn 2003/72/EG); Adv.RvS 38.193/1 en Adv.RvS 38.194/1, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1821/001 en 1822/001, 26 (*idem* maar dan i.v.m. de omzetting van Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers); Adv.RvS 39.420/1/2 over een voorontwerp van wet betreffende het Generatiepact, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2128/001, 122 (bemerking i.v.m. de bevoegdheid van de federale overheid inzake het tewerkstellingsbeleid om de werkgever in herstructurering te verplichten tot het oprichten van een tewerkstellingscel, in het licht van de bevoegdheidsdomeinen van de gewesten inzake arbeidsbemiddeling); Adv.RvS 48.922/1 bij amendementen bij een ontwerp van decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, weergegeven in het Jaarverslag 2010-2011, 46 (de impliciete bevoegdheden zoals gewaarborgd door artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen brengen niets bij om toe te laten dat private arbeidsbemiddelingsbureaus zich ook tot de publieke sector kunnen richten; Adv.RvS 50.623/AV/3 over een voorontwerp van decreet houdende de Vlaamse sociale bescherming, weergegeven in het Jaarverslag 2011-2012, 60-62 (met wijziging van standpunt t.a.v. eerdere adviezen, gelet op het arrest van het Grondwettelijk Hof van 21 januari 2009 nr. 11/2009 over de zorgverzekering, waaruit moet worden opgemaakt dat bij de bevoegdheidsverdeling inzake sociale bescherming het exclusiviteitsbeginsel niet, of althans niet ten volle en niet steeds, toepasselijk is); Adv.RvS L.34.748/2 over een voorontwerp houdende oprichting van een "Institut wallon de formation et alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises" (Waals instituut voor alternerende opleiding, zelfstandigen en kleine en middelgrote ondernemingen), *Parl.St.* W.Parl. 2002-03, nr. 524/1, 8; Adv.RvS 50.623/AV/3 over een voorontwerp van decreet houdende de Vlaamse sociale bescherming, *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 66-73 (i.v.m. de bevoegdheid van de gemeenschappen en gewesten om een niet-discriminatiebeleid te voeren, de residuaire bevoegdheid inzake burgerlijk en gerechtelijk recht, de strafrechtelijke bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten, hun territoriale bevoegdheid); Adv.RvS 44.742/4 over een voorontwerp van decreet betreffende de bestrijding van sommige vormen van discriminatie, *Parl.St.* Fr.Parl. 2008-09, nr. 601/1, 93-102 (i.v.m. de bevoegdheid tot het voeren van een discriminatiepolitiek, bevoegdheid inzake burgerlijk recht, gerechtelijk recht en inzake pesterijen); Adv.RvS 45.702/2 over een voorontwerp van decreet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl.St.* Verg.Fr.Gem.Comm. 2009-10, nr. 23/1, 33-38 (i.v.m. de bevoegdheid tot het voeren van een discriminatiepolitiek, bevoegdheid inzake burgerlijk recht, gerechtelijk recht en inzake pesterijen).

⁶⁶ Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG bij het wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/001, 89-99, bij het wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl.St.* Kamer 06-2007, nr. 2722/001, 102-111; Adv.RvS 50.623/AV/3, *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 133-148; Adv.RvS 43.835/1 over een voorontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 66-73; Adv.RvS 44.742/4, *Parl.St.* Fr.Parl. 2008-09, 93-102.

opleveren voor latere procedures, bijvoorbeeld indien de overheid het advies naast zich zou hebben neergelegd.⁶⁷ Waar na de studie de afdeling Wetgeving nog onzeker blijft, maakt zijzelf een voorbehoud bij de bevoegdheid en stelt zij dat het laatste woord desgevallend zal toekomen aan het Grondwettelijk Hof.⁶⁸

C. DE SOCIALE WETGEVER HOUDT ONVOLDOENDE REKENING MET ARTIKEL 23 VAN DE GRONDWET

26. Artikel 23 van de Grondwet met de sociale en economische grondrechten heeft de laatste jaren duidelijk een belangrijke plaats verworven in de adviezen van de afdeling Wetgeving. Het legaliteitsbeginsel enerzijds en het *standstill*-principe anderzijds duiken regelmatig op.

1. *Niet de Koning, maar de wetgever zelf: het legaliteitsprincipe*

27. Ook buiten artikel 23 van de Grondwet om was en is de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgever en de Koning een klassiek terrein van opmerkingen door de afdeling Wetgeving. De essentiële elementen van een regeling moeten door de wetgever zelf worden vastgelegd en mogen niet gedelegeerd worden aan de uitvoerende macht, die slechts kan worden belast met de nadere uitwerking ervan. Ook de sociale wetgeving ontsnapt er niet aan dat de afdeling Wetgeving de aan de Koning gegeven delegaties kritisch tegen het licht houdt.⁶⁹

⁶⁷ Zie bv. Adv.RvS 54.231/1, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr. 3144/001 (inzake de wet eenheidsstatuut en in het bijzonder inzake de bepalingen inzake outplacement).

⁶⁸ Zie hierover bv. Adv.RvS 50.623/AV/3, over een voorontwerp van decreet houdende Vlaamse sociale bescherming, weergegeven in het Jaarverslag 2011-2012, 60-62 (met wijziging van standpunt t.a.v. eerdere adviezen, gelet op het arrest van het Grondwettelijk Hof van 21 januari 2009 nr. 11/2009 over de zorgverzekering, waaruit moet worden opgemaakt dat bij de bevoegdheidsverdeling inzake sociale bescherming het exclusiviteitsbeginsel niet, of althans niet ten volle en niet steeds, toepasselijk is) en *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 146 (i.v.m. de bevoegdheid van de gemeenschappen om de premie voor jonge kinderen in te voeren).

⁶⁹ Zie hierover bv. Adv.RvS 50.963/1/2/3/4 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 2097/007 en 2098/001, 172; Adv.RvS 46.591/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2003/001, 30-31; Adv.RvS 47.106/1 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2292/001 en 2293/001, 114; Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/001, 107; Adv.RvS 39.420/1/2, 2005-06, 2128/001, 115; Adv.RvS 37.983/1/3, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1627/001, 77 (over de toekenning van bijzondere machten op basis van artikel 105 Grondwet); Adv.RvS 35.700/1 over een voorstel van decreet houdende het Handvest van de Werkzoekende, *Parl.St.* Vl.Parl. 2002-03, nr. 1663/2, 17; Adv.RvS 36.660/1 over een voorontwerp van decreet tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern zelfstandig agentschap "Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding", *Parl.St.* Vl.Parl. 2003-04, 2206/1, 79; Adv.RvS 36.154/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2003-04, nr. 2165/1, 82; Adv.RvS 40.454/1 over een voorontwerp van decreet houdende de lokale diensteneconomie, *Parl.St.* Vl.Parl. 2005-06, nr. 940/1, 24; Adv.RvS 43.657/1 over een voorontwerp van wet betreffende de sociale verkiezingen van het jaar 2008 en Adv. RvS 43.658/1 over een voorontwerp van wet tot regeling van de

Verscheidene adviezen van de afdeling Wetgeving gaan uitgebreid in op het al dan niet in artikel 23 vervatte legaliteitsbeginsel en de precieze inhoud en draagwijdte ervan. Waar in het begin de term legaliteitsbeginsel zelfs niet expliciet werd gebruikt in de adviezen, lijkt deze schroom in recentere adviezen te zijn verdwenen.

28. Het advies omtrent het wetsontwerp betreffende het generatiepact van 14 december 2005 behandelde de problematiek van het legaliteitsbeginsel dat eventueel in artikel 23 vervat zou liggen, in het licht van het recht op sociale zekerheid dat krachtens artikel 23 van de Grondwet moet worden gewaarborgd.⁷⁰ De afdeling Wetgeving licht toe waarom ze haar visie op artikel 23 van de Grondwet lijkt te verstrakken, zonder nochtans met zoveel woorden te zeggen dat artikel 23 een legaliteitsbeginsel bevat. Met verwijzing naar rechtspraak van het Arbitragehof van de jaren 90 zegt de afdeling Wetgeving dat zij er oorspronkelijk van uit was gegaan dat artikel 23 weliswaar geen wettigheidsbeginsel bevatte dat vergelijkbaar is met dat van bijvoorbeeld artikel 24, § 5 (in onderwijszaken) van de Grondwet, maar dat de wetgever de Koning hoe dan ook geen onbeperkte bevoegdheden kan verlenen op het stuk van de economische en sociale rechten, aangezien de wetgever zelf krachtens de Grondwet de taak heeft die rechten te waarborgen, en dat de wet dus op zijn minst de basisprincipes moet bepalen of bepaalde grenzen moet vaststellen waarbinnen de Koning in deze aangelegenheid mag optreden. De afdeling Wetgeving voegt er evenwel aan toe dat het bevoegdheidsvoorbehoud met betrekking tot aangelegenheden bedoeld in artikel 23 nog versterkt lijkt te zijn in de latere rechtspraak van het Arbitragehof, omdat het Arbitragehof volgens de afdeling Wetgeving, zonder nochtans de in artikel 23 bedoelde aangelegenheden

gerechtelijke beroepen ingesteld in het kader van de procedure aangaande de sociale verkiezingen van het jaar 2008, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 en 0258/001, 234-235; Adv. RvS 34.632/1 over een voorontwerp van wet houdende uitvoering van het interprofessioneel akkoord voor de periode 2003-04, *Parl.St.* Kamer 2002-03, 31; Adv.RvS 37.099/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1437/002 en 1438/002, 589-591; Adv.RvS 39.310/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2097/001, 203 (regels voor betere inning van socialezekerheidsbijdragen); Adv. RvS 41.662/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/002, 408-409; Adv.RvS 42.591/1/2/3 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 3058/001, 146 i.v.m. de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 30bis RSZ-Wet; Adv.RvS 47.385/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2278/001, 222 (socialezekerheidsbijdragen op brugpensioenen); Adv.RvS 44.351/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 1200/001, 275; Adv.RvS 48.142/1 over een voorontwerp van decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, *Parl.St.* Vl.Parl. 2009-10, nr. 641/1, 62; Adv.RvS 49.943/1/V over een voorontwerp van ordonnantie betreffende de sociale economie en de erkenning van inschakelingsondernemingen en van plaatselijke initiatieven voor de ontwikkeling van de werkgelegenheid met het oog op de toekenning van toelagen, *Parl.St.* Br.Parl. 2011-12, nr. A-247/1, 51; Adv.RvS 50.742/1/2, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 1952/013, 4-6 (i.v.m. pensioenen zonder nochtans enige vermelding van art. 23 Gw., doch met verwijzing naar art. 24, § 5 (pensioenen van leerkrachten), art. 152 en 162 (pensioenen van magistraten), art. 182 (bedienaren van de eredienssten en afgevaardigden van een niet-confessionele levensbeschouwing) en art. 184 (politieambtenaren)).

⁷⁰ Adv.RvS 39.420/1/2, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2128/001, 112.

gelijk te stellen met aan de wetgever voorbehouden aangelegenheden, gebruikmaakt van een formulering die de gedachte oproept aan hetgeen het versterkte legaliteitsbeginsel in onder meer onderwijs- en fiscale zaken wordt genoemd.⁷¹ Vervolgens gaat de afdeling Wetgeving dan na of de delegaties van bevoegdheden met betrekking tot aangelegenheden bedoeld in artikel 23 van de Grondwet en die door het ontwerp aan de Koning worden verleend, in overeenstemming zijn met de voorwaarde dat de essentiële elementen van de ontworpen regeling door de wetgever zelf moeten worden bepaald en dat aan de Koning in dat verband enkel de bevoegdheid wordt gelaten om de maatregelen uit te voeren waarvan de essentiële elementen vooraf door de wetgever worden vastgesteld.⁷² Daarna geeft het advies bij wijze van voorbeeld drie delegaties weer die te ruim zijn.⁷³

29. De afdeling Wetgeving had ook heel wat bedenkingen bij het wetsontwerp houdende aanpassing van de wet van 1 februari 2011 houdende verlenging van de crisismaatregelen en uitvoering van het interprofessioneel akkoord en tot uitvoering van het compromis van de regering met betrekking tot het ontwerp van interprofessioneel akkoord.⁷⁴ De afdeling Wetgeving zag onder andere een probleem in de in het ontwerp opgenomen delegaties aan de Koning omdat, om in overeenstemming te zijn met de grondwettelijk geregelde bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, de bevoegdheden die door de wetgever aan de Koning worden gedelegeerd niet op een te ruime of te weinig afgebakende manier mogen zijn omschreven.⁷⁵ De gedelegeerde bevoegdheden mogen daarenboven in beginsel geen betrekking hebben op de vaststelling van essentiële bestanddelen van de regeling, die door de wetgever zelf dienen te worden vastgesteld. De Koning mag aldus enkel nog de nadere regels in verband met de door de wetgever zelf vastgestelde essentiële bestanddelen bepalen.⁷⁶ De afdeling Wetgeving preciseert dat dit *a fortiori* geldt wanneer de machtiging betrekking heeft op een aangelegenheid die kan worden gerekend tot de uitoefening van het recht op arbeid, dat krachtens artikel 23 van de Grondwet in beginsel door de

⁷¹ Adv.RvS 39.420/1/2, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2128/001,114.

⁷² *Ibid.*, 114.

⁷³ Daarna volgt een nog langere lijst van delegaties die geen betrekking hebben op aangelegenheden door art. 23 voorbehouden aan de wetgever, maar die gelet op de vereiste dat de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht moeten worden vastgesteld, eveneens te ruim zijn. Het zou interessant zijn om meer in detail na te gaan waar de afdeling Wetgeving precies de scheidslijn ziet tussen de aangelegenheden die behoren tot het recht op sociale zekerheid van art. 23 en de andere. Zie hierover ook nog het wetsontwerp voorafgaand aan de wet van 1 februari 2011 houdende diverse bepalingen over tewerkstelling in crisis, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2003/001, Adv.RvS 46.591/1, 30-31.

⁷⁴ Dit wetsontwerp werd later de wet 12 april 2011 houdende aanpassing van de wet van 1 februari 2011 houdende verlenging van de crisismaatregelen en uitvoering van het interprofessioneel akkoord, en tot uitvoering van het compromis van de regering met betrekking tot het ontwerp van interprofessioneel akkoord, *BS* 28 april 2011. Deze wet was eigenlijk een mislukte poging om de statuten van arbeider en bediende te harmoniseren.

⁷⁵ *Supra* randnr. 27.

⁷⁶ Adv.RvS 49.323/1, *Parl.St.* 2010-11, nr. 1322/001, 57.

wetgever moet worden gewaarborgd.⁷⁷ Daarna geeft de afdeling Wetgeving een opsomming van de delegaties die volgens haar te ruim zijn. Het betreft de vaststelling door de Koning van minimumbedragen van een supplement, de criteria tot erkenning van ondernemingen in moeilijkheden, het vastleggen van de criteria om aan bepaalde categorieën van werkgevers een bepaalde bijdrage op te leggen waarvan de Koning jaarlijks het bedrag bepaalt, het afwijken door de Koning van de wettelijke bepalingen inzake de begeleidingspremie. Uit deze opsomming kan alvast worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving een vrij ruime visie heeft op het recht op arbeid opgenomen in artikel 23 van de Grondwet. Ook in dit advies hanteert de afdeling Wetgeving de term legaliteitsbeginsel vooralsnog niet.

30. In zijn advies van november 2013 bij het ontwerp eenheidsstatuut dat nadien wet geworden is, herinnert de raad eraan, opnieuw zonder het legaliteitsbeginsel als dusdanig te vernoemen, dat de bescherming tegen abusief ontslag deel uitmaakt van de *billijke arbeidsvoorwaarden* bedoeld in artikel 23 van de Grondwet en dat het dus aan de werkgever toekomt om de beleidskeuzen en de essentiële elementen zelf te bepalen en dit in geen geval over te laten aan de Koning of aan de sociale partners.⁷⁸

In andere recente adviezen wordt het legaliteitsbeginsel van artikel 23 van de Grondwet wel uitdrukkelijk met zoveel woorden genoemd als vervat in artikel 23 met betrekking tot de in dat artikel opgenomen te waarborgen sociale grondrechten.

31. In zijn advies van 3 juni 2013⁷⁹ wijdt de afdeling Wetgeving ruime beschouwingen aan het legaliteitsbeginsel van artikel 23 van de Grondwet en herneemt ze zelfs *in extenso* de tekst van het advies 51.467/1 van 21 juni 2012 dat betrekking heeft op een ontwerp van koninklijk besluit met betrekking tot de werkloosheidsreglementering waar, voorzichtig, door de afdeling Wetgeving wordt opgemerkt dat, hoewel zij in het verleden steeds had aangenomen dat de rechtsgrond voor de werkloosheidsreglementering zich bevond in de besluitwet van 28 december 1944, zij nu toch vaststelt dat de ruime machtiging opgenomen in deze besluitwet mogelijk op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 23 van de Grondwet, aangezien het recht op werkloosheidsuitkeringen onmiskenbaar deel uitmaakt van het recht op sociale zekerheid, dat is gewaarborgd door artikel 23, derde lid, 2° van de Grondwet.⁸⁰ Hetzelfde advies citeert trouwens ook

⁷⁷ Adv.RvS 49.323/1, *Parl.St.* 2010-11, nr. 1322/001, 57; Adv.RvS 46.591/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2003/001, 30.

⁷⁸ Adv.RvS 54.231/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3144/001, 118-119.

⁷⁹ Adv.RvS 53.293/1 en Adv.RvS 53.294/1 over het wetsontwerp houdende diverse wijzigingen tot invoering van een nieuwe sociale en fiscale regeling voor de gelegenheidsarbeiders in de horeca, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2990/001, 14-15.

⁸⁰ Adv.RvS 53.293/1 en Adv.RvS 53.294/1, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 2990/001, 15. Het is die kritiek van de afdeling Wetgeving die er de wetgever heeft toe gebracht om met de wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen inzake sociale zekerheid (Adv.RvS 54.687/1/2,

nog uit het advies 50.623 van 17 en 24 januari 2012⁸¹, waar dezelfde problematiek reeds uitgebreid aan bod kwam naar aanleiding van een advies bij een voorontwerp van decreet houdende de Vlaamse sociale bescherming, eveneens met expliciete vermelding van het legaliteitsbeginsel. Het ontwerp geeft uitvoering aan artikel 23 van de Grondwet en de erin opgenomen maatregelen kunnen worden beschouwd als een uitvoering van het in artikel 23, derde lid, 2° vermelde recht op sociale bijstand. Dat advies bevat een analyse van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in dit verband. In dat advies wordt gesteld dat zowel uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof als uit de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving blijkt dat artikel 23 van de Grondwet moet worden beschouwd als één van de bepalingen van de Grondwet die sommige aangelegenheden voorbehouden aan een wetgever.⁸² Hieruit mag evenwel niet worden afgeleid dat de bevoegde wetgever de uitvoerende macht niet zou mogen belasten met de nadere uitwerking van de door hem georganiseerde of gewaarborgde (sociaaleconomische grond)rechten of van de vooraf door de wetgever gemaakte keuzes of vastgestelde beginselen, grenzen of essentiële elementen. Bij de beoordeling of een machtiging aan de regering in aangelegenheden die ressorteren onder artikel 23, niet te ver gaat, houdt het Grondwettelijk Hof in het bijzonder rekening met de aard van de geregelde aangelegenheid, zoals bijvoorbeeld het gegeven dat het de doeltreffendheid van het door hem vastgestelde beleid in het gedrang zou komen, het gegeven dat de betrokken maatregelen gemakkelijk kunnen worden aangepast om tegemoet te komen aan de vereisten van de technische ontwikkeling, het gegeven dat een algemene en abstracte bepaling onverenigbaar is met de keuze van de wetgever om een geboden hulp te laten variëren in functie van de behoeften van de betrokken gerechtigden, het gegeven dat de regeling op relatief soepele wijze moet kunnen worden aangepast aan de evolutie van de noden en middelen in het betrokken beleidsdomein, of de bijzonder technische en ingewikkelde aard van de regeling. De afdeling Wetgeving stelt voorts vast dat het Grondwettelijk Hof zelfs een delegatie aanvaardbaar acht voor zover de machtigingen betrekking hebben op de tenuitvoerlegging of op het aannemen van maatregelen waarvan het onderwerp door de bevoegde wetgever is aangegeven. De afdeling Wetgeving leidt uit deze arresten af dat desalniettemin in geen geval de wetgever zich er bij het bepalen van het onderwerp van een te waarborgen sociaal, economisch of cultureel grondrecht mag toe beperken om het zonder meer aan de regering over te laten om de draagwijdte, de toekenningsvoorwaarden en het personele toepassingsgebied van deze rechten te bepalen.⁸³ Het ontwerp waarop het geciteerde advies betrekking had, bevat volgens de afdeling Wetgeving een aantal

Parl.St. Kamer 2013-14, nr. 3359/001, 56-57) de wettelijke basis van de werkloosheidsreglementering te versterken.

⁸¹ Adv.RvS 50.623/AV/3, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 149-152.

⁸² Adv.RvS 53.293/1 en Adv.RvS 53.294/1, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2990/001, 16 en GwH 5 mei 2009, nr.73/2009.

⁸³ Adv.RvS 53.293/1 en Adv.RvS 53.294/1, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2990/001, 17.

machtigingen aan de Vlaamse regering die niet in overeenstemming zijn met wat hierboven is uiteengezet en waar het aldus aan het Grondwettelijk Hof zal toekomen om uitsluitsel te geven over de overeenstemming van het ontwerp, eens decreet geworden, met artikel 23 van de Grondwet.⁸⁴

In dezelfde expliciete termen adviseert de afdeling Wetgeving bij het ontwerp van decreet houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning van personen met een handicap.⁸⁵ Dit ontwerp vertoont gelijkenissen met het recht op maatschappelijke dienstverlening en het recht op maatschappelijke integratie die beide kunnen worden beschouwd als onderdelen van het recht op sociale bijstand dat gewaarborgd is bij artikel 23, derde lid, 2° van de Grondwet.⁸⁶ Enkele maatregelen opgenomen in het ontwerp stellen aldus probleem volgens de afdeling Wetgeving omdat zij, gelet op het legaliteitsbeginsel, machtigingen bevatten die wezenlijke elementen inzake de draagwijdte van de te waarborgen rechten, de voorwaarden voor hun toekenning of het personele toepassingsgebied aan de Vlaamse regering overlaten. Voor de afdeling Wetgeving komt het met toepassing van artikel 23, tweede lid van de Grondwet aan de wetgever zelf toe om de economische, sociale en culturele rechten te waarborgen en de voorwaarden om de uitoefening ervan te bepalen. Artikel 23 wordt dus beschouwd als een van de bepalingen die sommige aangelegenheden voorbehouden aan de wetgever.⁸⁷

32. In haar advies bij het wetsontwerp betreffende de erkenning van de mantelzorger die een persoon met een grote zorgbehoefte bijstaat, merkt de afdeling Wetgeving op dat indien de ontworpen definitie en erkenning van mantelzorgers moeten dienen om aan de doelgroep van mantelzorgers sociale rechten⁸⁸ en plichten of specifieke fiscale voordelen en verplichtingen toe te kennen en op te leggen, de ruime machtigingen aan de Koning op gespannen voet staan met het in artikel 23 respectievelijk de artikelen 170 en 172 van de Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel.⁸⁹

33. De afdeling Wetgeving lijkt aldus, althans in sommige adviezen, niet meer te aarzelen om expliciet op het legaliteitsbeginsel te wijzen als zijnde vervat in artikel 23 van de Grondwet voor de aldaar beschermde sociale grondrechten. Een

⁸⁴ Adv.RvS 50.623/AV/3, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 151.

⁸⁵ Adv.RvS 55.823/1 over amendementen bij het ontwerp van decreet houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2429/5, 119-220; zie ook het vernietigingsberoep bij het Grondwettelijk Hof gekend onder nr. 6164/2015.

⁸⁶ Adv.RvS 55.823/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2429/5, 115.

⁸⁷ Adv.RvS 55.823/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2429/5, 119.

⁸⁸ Er wordt niet gepreciseerd over welk door art. 23 Gw. gewaarborgd recht het dan wel zou gaan.

⁸⁹ Adv.RvS 55.151/1, *Parl.St.* 2013-14, nr. 3439/001, 14.

ruime interpretatie van wat precies onder de gewaarborgde sociale grondrechten dient te worden verstaan, zal dus logisch gezien ook tot een ruim te lezen legaliteitsbeginsel leiden, waardoor ook in bij uitstek zeer technische en vaak wijzigende materies zoals de sociale zekerheid en de sociale bijstand de wetgever zelf meer zal geroepen worden om tussen te komen, en dit terwijl het Grondwettelijk Hof nochtans ruimte lijkt te laten voor een soepeler lezing gelet op de aard van het sociaal recht.⁹⁰ Wordt zonder twijfel vervolgd.

2. *Standstill*

34. Commentaren over de *standstill*-verplichting uit artikel 23 lijken meer op te duiken in de recentere arresten. De toetsing aan de *standstill*-verplichting blijkt geen makkelijke taak te zijn voor de afdeling Wetgeving. Artikel 23 van de Grondwet omvat een *standstill*-verplichting die in de weg staat dat de bevoegde wetgever het beschermingsniveau dat wordt geboden door de van toepassing zijnde wetgeving in aanzienlijke mate vermindert, zonder dat daarvoor redenen zijn die verband houden met het algemeen belang.⁹¹ Zo had de afdeling Wetgeving, bij haar advies bij het wetsontwerp houdende aanpassing van de wet van 1 februari 2011, het alvast moeilijk om de knoop door te hakken of de voorliggende maatregelen nu al dan niet problematisch waren gelet op het *standstill*-beginsel en dit door de complexiteit van de voorliggende maatregelen en door het feit dat die maatregelen wellicht moeten worden gesitueerd in een ruimer al dan niet gefaseerd geheel van maatregelen die op termijn er zouden moeten toe leiden dat de onderscheiden werknemersstatuten worden geharmoniseerd, waarbij bepaalde negatieve gevolgen van een bepaalde maatregel voor de graad van sociaal- en arbeidsrechtelijke bescherming dan weer werden gecompenseerd door de positieve gevolgen van andere maatregelen.⁹² De afdeling wetgeving gaf aan voor hetzelfde probleem van complexiteit te staan in haar advies nr. 54.231/1 bij het voorontwerp van wet waarbij een tweede poging werd gewaagd om een zogenoemd eenheidsstatuut arbeiders-bedienden tot stand te brengen. Interessant is dat zij er deze keer aan toevoegt dat naar haar oordeel het globale beschermingsniveau op arbeids- en sociaalrechtelijk vlak niet vermindert en dat bovendien, zelfs al zou worden

⁹⁰ Zie over de discussie in de rechtsleer of de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof slechts een 'afgezwakt' legaliteitsbeginsel inhoudt, of daarentegen een 'versterkt' legaliteitsbeginsel dat *in concreto* soepel moet worden toegepast: M. BOSSUYT, "Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in W. RAUWS en M. STROOBANT (eds.), *Sociale en economische grondrechten, Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 60 en B. STEEN, "Artikel 23 van de Grondwet van de rechtspraak van de Raad van State" in W. RAUWS en M. STROOBANT (eds.), *Sociale en economische grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 132 e.v.

⁹¹ GwH 29 juli 2010, nr. 94/2010; GwH 14 oktober 2010, nr. 113/2010; GwH 18 november 2010, nr. 131/2010; GwH 13 januari 2011, nr. 2/2011; M. BOSSUYT, "Artikel 23 in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in W. RAUWS en M. STROOBANT (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Les droits économiques et sociaux*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 64.

⁹² Adv.RvS 49.323/1, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001, 55-56.

aangenomen dat er sprake is van een aanzienlijke vermindering, er dan nog kan worden aangenomen dat daarvoor een reden van algemeen belang voorhanden is, namelijk het wegwerken van een discriminatie zonder de economische situatie van de Belgische bedrijven in het gedrang te brengen.⁹³

35. Ook bij het ontwerp van decreet houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap⁹⁴ gaat de afdeling Wetgeving uitgebreid in op de *standstill*-verplichting. De ontworpen regeling vertoont gelijkenissen met het recht op maatschappelijke dienstverlening en het recht op maatschappelijke integratie, die beide kunnen worden beschouwd als onderdelen van het recht op sociale bijstand, gewaarborgd door artikel 23, derde lid, 2° van de Grondwet, waarvoor het *standstill*-effect geldt, zoals dat reeds was vastgesteld door het Grondwettelijk Hof. Voor de beoordeling van een eventuele schending herinnert de afdeling Wetgeving eraan dat de situatie van de adressanten van de norm moet worden vergeleken met hun situatie onder de gelding van de vroegere wetgeving. De ontworpen regeling is volgens de afdeling Wetgeving niet noodzakelijk in strijd met het *standstill*-effect. Het is pas bij de concrete uitwerking van de verplichte bijdrage en van het recht op de betrokken budgetten dat zal kunnen worden nagegaan of er voor bepaalde personen een onverantwoorde achteruitgang van het beschermingsniveau plaatsvindt.

D. VOOR EEN RECHTSTAK DIE BIJ UITSTEK DE (EFFECTIEVE) GELIJKHEID NASTREEFT, IS SOCIAAL RECHT EEN WARE KAMPIOEN ALS HET OP (JURIDISCHE) ONGELIJKHEDEN AANKOMT

36. Met de regelmaat van een klok bevatten de adviezen van de afdeling Wetgeving commentaren op basis van het gelijkheidsbeginsel. Zij worden vaak vergezeld met een uitgebreide analyse van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van Europese en internationale rechtsbronnen.⁹⁵

37. De bedenkingen van de afdeling Wetgeving worden geformuleerd met veel tinten van nuance. Soms als een duidelijke geformuleerde instemming of afwijzing van de door de wetgever gemaakte onderscheiden: zoals bijvoorbeeld dat de memorie van toelichting een afdoende verantwoording inhoudt voor deze

⁹³ Adv.RvS 54.231/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3144/001, 114.

⁹⁴ Adv.RvS 55.823/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2429, 114-115 met talrijke verwijzingen naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.

⁹⁵ Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/01, 112-117.

ongelijke behandeling⁹⁶, of “Het ontwerp voldoet duidelijk niet aan die voorwaarden”. Of nog, na te hebben vermeld dat het uiteindelijk aan het Grondwettelijk Hof zal toekomen om in voorkomend geval de regeling te beoordelen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet: “De Raad van State, afdeling Wetgeving, beperkt er zich toe om op dit punt, en inzonderheid wat de niet in de tijd beperkte afwijkende regeling betreft, een ernstig voorbehoud te maken⁹⁷”; of: “Gelet hierop, kan het ingevoerde verschil in behandeling tussen hogere en lagere bedienden wat de opzeggingstermijnen betreft, geacht in overeenstemming te zijn met het gelijkheidsbeginsel. Het verdient evenwel aanbeveling om, duidelijkheidshalve, een uitdrukkelijke verwoording op te nemen in de memorie van toelichting.”⁹⁸

Recent nog bij het ontwerp van decreet houdende de persoonsgebonden financiering⁹⁹ stelde de afdeling Wetgeving vast dat de verschillende ondersteuning van personen met eenzelfde handicap op een objectieve en redelijke verantwoording steunde en bijgevolg aanvaardbaar was. De onderscheiden behandeling van de inwoners van Brussel-Hoofdstad (met een wachttijd voor ondersteuning van 10 jaar) komt aan bod in het advies: in vergelijking met de inwoners van Vlaanderen doorstaat het de gelijkheidstoets van de afdeling Wetgeving, weliswaar onder voorbehoud van een aantal opmerkingen die te maken hebben met het *standstill*-beginsel en met bepaalde onredelijke gevolgen in de mate dat er voor de bepaling van rechten van inwoners van Brussel reeds rekening zou worden gehouden met de mogelijkheid om zich aan te sluiten bij een zorgkas op basis van het decreet van 30 maart 1999, en met het recht van de Europese Unie voor hen die gebruikmaken van het vrije verkeer.

Men kan ook vaststellen dat, lang voor het arrest van het Grondwettelijk Hof¹⁰⁰ dat de definitieve doodsklok luidde voor het onderscheid arbeiders-bedienden, althans voor de opzegtermijnen en de carenzdag, de afdeling Wetgeving reeds bedenkingen formuleerde wanneer een ontwerp nog onderscheiden tot stand bracht tussen arbeiders en bedienden die niet in de lijn lagen van de “geleidelijke harmonisering” tussen beide stelsels.¹⁰¹

Wat betreft maatregelen van positieve actie, nam de afdeling Wetgeving ook het duidelijke standpunt in dat het ontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen op dit punt grondig moest worden herzien, gelet op de vereisten ter zake ontwikkeld zowel door het Europese Hof van Justitie als door

⁹⁶ Adv.RvS 43.835/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, p. 75 (over het al dan niet opnemen van bepaalde criteria in de gesloten lijst van verboden criteria van discriminatie).

⁹⁷ Adv.RvS 54.231/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3144/001, 109, 111 en 112; zie ook voor een expliciet standpunt: Adv.RvS 46.591/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2003/2001, 31-32.

⁹⁸ Adv.RvS 49.323/1, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001, 55. In dezelfde lijn: Adv.RvS 40.907/1 over een voorontwerp van wet houdende regeling van de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst aan boord van zeeschepen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 3067/001, 119.

⁹⁹ Adv.RvS 55.823/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2429/5, 116-119.

¹⁰⁰ GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011.

¹⁰¹ Zie inzake de Sluitingswet: Adv.RvS 30.285/1 over een voorontwerp van wet betreffende de sluiting van ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1687/001, 86-87.

het Grondwettelijk Hof.¹⁰² Hetzelfde is te lezen met betrekking tot het ontwerp van wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.¹⁰³

38. Soms formuleert de afdeling Wetgeving het gelijkheidsbeginsel als aandachtspunt zonder zich hierbij duidelijk uit te spreken.¹⁰⁴ Zo blijft de conclusie soms, na nochtans een analyse die weinig aan de verbeelding overlaat, voorzichtig geformuleerd: “Gelet hierop, is het zeer de vraag of de thans ontworpen maatregelen (...) in overeenstemming kunnen worden gebracht met de hiervoor geschetste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof”.¹⁰⁵ Andere voorbeelden waar, na een zeer uitgebreide analyse, het advies op ‘kousenvoeten’ blijft¹⁰⁶: “Het komt de Raad van State voor dat er enige incoherentie is in de verantwoording met betrekking tot het criterium (...); (...) wekt de memorie van toelichting de indruk dat het ontbreken van dat criterium in (...)”.

Van dezelfde aard zijn de bemerkingen van de afdeling Wetgeving bij het ontwerp voorafgaand aan het decreet houdende de Vlaamse sociale bescherming, en meer bepaald bij specifieke bepalingen of vereisten in het ontwerp die van toepassing zijn op de personen die wonen in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.¹⁰⁷

Bij wijzigingen aan de pensioenwetgeving merkt de afdeling Wetgeving op dat zelfs indien wordt uitgegaan van de constatacie dat de wetgeving inzake pensioen noodzakelijkerwijze met zich brengt dat criteria worden vastgesteld gebaseerd op de leeftijd van de betrokkenen en dat die vaststelling haar grondslag ontleent aan de ruime opportuniteitsbevoegdheid die aan de wetgever wordt toegekend, is het voor sommige voorgestelde regels niet onmiddellijk duidelijk in hoeverre een verschillende behandeling gewettigd is in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Deze overwegingen gelden eveneens wat betreft de bepalingen die onderscheiden situaties op identieke wijze regelen.¹⁰⁸

39. In andere adviezen spreekt de afdeling Wetgeving zich eveneens uit, maar beveelt ze aan dat de wetgever verduidelijkt waarom een bepaald onderscheid verantwoord is in het licht van het gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁹ Zo geeft de afdeling

¹⁰² Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/001, 105-108.

¹⁰³ Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/01, 117-121.

¹⁰⁴ Adv. RvS 55.151/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3439/001, 15.

¹⁰⁵ Adv.RvS 49.323/1, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001, 54.

¹⁰⁶ Zie bv. Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/001, 99-104.

¹⁰⁷ Adv.RvS 50.623/AV/3 over een voorontwerp van decreet houdende de Vlaamse sociale bescherming, *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 153-156.

¹⁰⁸ Adv.RvS 50.742/1/2, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 1952/013, 4, 9-11.

¹⁰⁹ Adv.RvS 43.835/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 75. Adv.RvS 38.290/1 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen betreffende het sociaal overleg, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1767/001, 35 (sluitingsvergoeding); Adv.RvS 39.310/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2097/001, 182 (i.v.m. het betaald educatief verlof). Voor een ongelijke behandeling van de werkgevers uit de openbare en de private sector bij de solidariteitsbijdrage op

Wetgeving de aanwijzing dat onduidelijkheid waarom een bepaalde bevoegdheid aan een representatieve organisatie wordt ontzegd en aan de andere niet, objectief en redelijk verantwoordbaar moet zijn in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.¹¹⁰ Bij het ontwerp van decreet inzake de private arbeidsbemiddeling stelt de afdeling Wetgeving vast dat sommige eisen die gesteld worden enkel lijken aan te sluiten bij de Belgische juridische realiteit en daarom moeilijk toepasbaar zijn op dienstverleners die gevestigd zijn in een andere lidstaat van de Europese Unie of daarbuiten. De vraag is dan ook of hierdoor niet een verschil in behandeling ontstaat naargelang de plaats van vestiging. Dat mogelijke verschil zal moeten verantwoord kunnen worden in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet discriminatie.¹¹¹

E. OOK ANDERE GRONDWETSBEPALINGEN WORDEN SOMS UIT HET OOG VERLOREN

40. De afdeling Wetgeving moet soms ook wijzen op andere artikelen van de Grondwet die door sociale ontwerpen met de voeten worden getreden, zoals bijvoorbeeld artikel 15 (recht op eerbiediging van de woning)¹¹², artikel 22 (recht op eerbiediging privé en gezinsleven, het legaliteitsbeginsel in dit verband)¹¹³, artikel 33, lid 2¹¹⁴, de artikelen 170 en 172 (fiscaal legaliteitsbeginsel)¹¹⁵, artikel 8 (vrijheid

bedrijfsvoertuigen: Adv.RvS 40.372/1/2/3/4 over het voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/001, 111-112; Adv.RvS 42.591/1/2/3 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2006-07, 3058/001, 141-142 m.b.t. de toekenning van een maandelijks bijslag aan sommige eenoudergezinnen; Adv.RvS 47.385/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2278/001, 222 (verschillende socialezekerheidsbijdragen op bruggensioenen); Adv.RvS 48.142/1 over een voorontwerp van decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, *Parl.St.* Vl.Parl. 2009-10, nr. 641/1, 61-61 (i.v.m. de erkenning bij private arbeidsbemiddeling).

¹¹⁰ Adv.RvS 38.193/1 en Adv.RvS 38.194/1, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1821/001 en 1822/001, 30.

¹¹¹ Adv.RvS 48.142/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2009-10, nr. 641/1, 60-61.

¹¹² Adv.RvS 40.352/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1666/001, 496,502.

¹¹³ Adv.RvS 40.352/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1666/001, 502-503; Adv.RvS 54.253/1 over een voorontwerp houdende bepalingen inzake de sociale identiteitskaart en de ISI+-kaart, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3137/001, 17; Adv.RvS 33.832/1, *Parl.St.* Vl. Parl. 2002-03, nr. 1812/1, 80 en Adv.RvS 50.623/AV/3, *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 160.

¹¹⁴ In verband met CAO's en de kritiek hierop gelet op art. 33 Gw.: Adv.RvS 37.099/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1437/002 en 1438/002, 594-595.

¹¹⁵ Adv. RvS 55.151/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3439/001, 14; Adv.RvS 30.285/1, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1687/001, 88-89; Adv.RvS 34.328/1/2/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 2124/002 en 2125/002, 468-469; Adv.RvS 38.234/3 over een voorontwerp van wet betreffende de invoering van een bijdrage ten laste van bepaalde rechtspersonen, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1694/001, 14-16 (tenminste indien de 'sociale' bijdrage een belasting zou zijn) en Adv.RvS 50.963/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 2097/007 en 2098/001, 149-150 (na het arrest van het GwH van 16 juni 2011 (nr. 103/2011) – jaarlijkse bijdrage ten laste van de vennootschappen bestemd voor het sociaal statuut der zelfstandigen).

van vereniging)¹¹⁶, de artikelen 12 en 14 (het legaliteitsbeginsel in strafzaken)¹¹⁷, al dan niet samengelezen met corresponderende bepalingen uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en andere Europese of internationale verdragen. Voor het eigendomsrecht werd dan weer alleen verwezen naar artikel 1 van het eerste aanvullend protocol bij het EVRM en niet naar artikel 16 van de Grondwet dat er vaak in één adem mee wordt vernoemd.¹¹⁸

F. DE SOCIALE WETGEVER IS CREATIEF EN VERGEET HIERBIJ AL EENS ...

1. ... dat er reeds sociaal recht bestaat

41. Het is helemaal niet uitzonderlijk dat de afdeling Wetgeving de sociale wetgever er moet aan herinneren dat het nieuwe ontwerp zich niet in het luchtledige situeert, en dat toch het best rekening kan worden gehouden met een zekere inpassing in de talrijke reeds bestaande (sociaal)rechtelijke regelingen van allerlei aard¹¹⁹ met inbegrip van de procedureregels voor de arbeidsgerechten.¹²⁰

¹¹⁶ Adv.RvS 36.154/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2003-04, nr. 2165/1, 79-81.

¹¹⁷ Adv.RvS 40.454/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2005-06, nr. 940/1, 24-25; Adv.RvS 39.310/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2097/001, 193-194 (i.v.m. administratieve sancties met strafrechtelijk karakter bij georganiseerd zwartwerk); Adv.RvS 47.385/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2278/001, 220-221 (i.v.m. administratieve sanctie bij zwartwerk als zelfstandige); Adv.RvS 43.835/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 81-82 (i.v.m. de strafbaarstelling van discriminatie die dient te beantwoorden aan het (materieel) legaliteitsbeginsel in strafzaken); Adv.RvS 44.742/4, *Parl.St.* Fr.Parl. 2008-09, nr. 601/1, 122 (i.v.m. de strafbaarstelling van discriminatie en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel); Adv.RvS 45.702/2, *Parl.St.* Verg.Fr.Gem. Comm. 2009-10, 23/1, 42 (i.v.m. de strafbaarstelling van discriminatie en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel); Adv.RvS 48.142/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 641/1, 63 (i.v.m. private arbeidsbemiddeling) en Adv.RvS 47.924/1 over een voorontwerp van wet tot vaststelling van de arbeidsduur van de geneesheren, tandartsen, dierenartsen, kandidaat-geneesheren in opleiding, kandidaat-tandartsen in opleiding en studenten-stagiairs die zich voorbereiden op de uitoefening van deze beroepen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 0431/001, 18.

¹¹⁸ Adv.RvS 50.742/1/2, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 1952/13, 8 (i.v.m. pensioenen).

¹¹⁹ Zie hierover bv. Adv.RvS 40.907/1, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 3067/001, nr. 4.607/1, 119, waar de afdeling Wetgeving bedenkingen formuleert bij een in het ontwerp opgenomen bijzondere regeling inzake de beperkte aansprakelijkheid van zeelieden die niet voorkomt in de wet van 3 mei 2003 m.b.t. de zeevissers; Adv.RvS 36.111/1 over een voorontwerp van decreet inzake de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen, *Parl.St.* VI.Parl. 2003-04, nr. 2074/1, 59-60.

¹²⁰ Adv.RvS 43.657/1 en Adv.RvS 43.658/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 en 0258/001, 82-86; zie Adv.RvS 42.123/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 0258/001, 236 voor een voorbeeld i.v.m. de totstandbrenging van sterk afwijkende regelingen op het vlak van o.m. de termijn voor het instellen van een vordering bij de arbeidsrechtbank, de termijn waarbinnen de rechtbank uitspraak moet doen op het vlak van procedure, wat volgens de afdeling Wetgeving deugdelijk zal moeten kunnen worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel; zie hierover ook Adv.RvS 42.123/1 en Adv.RvS 43.658/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 en 0258/001, 236 voor bedenkingen bij de in het ontwerp opgenomen sterk afwijkende regelingen o.m. op het vlak van proceduretermijnen, beroepsprocedures en waar de afdeling Wetgeving aandringt op grotere coherentie behoudens een deugdelijke verantwoording in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

Zo kreeg de afdeling Wetgeving de leeftijdspiramide bij collectief ontslag niet ingepast in de reeds bestaande arbeidsrechtelijke regelingen met betrekking tot collectief ontslag en tot het verbod van discriminatie van werknemers in geval van ontslag, wat de transparantie van de regelgeving en de rechtszekerheid niet ten goede kon komen.¹²¹ Of de wetgever houdt te weinig rekening met de mechanismen van binding van de collectieve arbeidsovereenkomsten geregeld in de wet van 5 december 1968¹²², of met de bestaande ontslagregeling voor personeelsafgevaardigden¹²³, of ook nog leidt de werkwijze opgenomen in het ontwerp tot een versnippering van regelgevende bepalingen die van toepassing zijn op het vakantiegeld van vastbenoemde personeelsleden, terwijl er niet de mogelijkheid is om de werkingssfeer van de ontworpen maatregel voldoende duidelijk af te bakenen¹²⁴, of nog dat het gebrek aan duidelijkheid over hoe de bijzondere procedureregels in het ontwerp in geval van ontslag of verwijdering van de preventieadviseur uit zijn functie zich verhouden tot de algemene procedureregels die reeds opgenomen zijn in de Welzijnswet.¹²⁵

42. In een poging om gelijkaardige mechanismen hernomen te zien in gelijkaardige regelgeving, vroeg de afdeling Wetgeving zich, tevergeefs trouwens, af waarom er bij het verbod op discriminatie voor werknemers met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur of voor deeltijdse arbeid niet in een afdwingsmechanisme is voorzien zoals bijvoorbeeld bij het verbod op discriminatie man-vrouw in het arbeidsproces.¹²⁶

2. ... dat het sociaal recht ook een deel is van een ruimer juridisch geheel

43. Sociaal recht mag dan al erkend zijn als aparte rechtstak met bepaalde eigenheden, dit neemt niet weg dat ook het sociaal recht omgeven is door en zich beweegt in een ruimer kader waarmee het best ook rekening kan worden gehouden, zoals bijvoorbeeld het geheel van het publiek en administratief recht¹²⁷, het

¹²¹ Adv.RvS 39.310/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2097/001 en 2098/001, 171.

¹²² Adv.RvS 46.591/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2003/001, 29.

¹²³ Adv.RvS 43.860/1 en Adv.RvS 43.861/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0810/001 en 0811/001, 27 en Adv.RvS 38.193/1 en Adv.RvS 38.194/1, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1821/001 en 1822/001, 29.

¹²⁴ Adv.RvS 37.765/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1444/001, 16.

¹²⁵ Over de onduidelijke verhouding van bijzondere procedureregels in het ontwerp en de algemene procedurevoorschriften van art. 79 Welzijnswet zie Adv.RvS 33.342/1/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 2032/001, 40. Enkele jaren later wordt dezelfde opmerking gemaakt. Zie hiervoor nr. 203/001 en 2033/1, 40.

¹²⁶ Adv.RvS 31.100/1 over een voorontwerp van wet tot omzetting van de Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1374/001, 18 en Adv.RvS 32.061/1 over een voorontwerp van wet betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1653/001, 11.

¹²⁷ Adv.RvS 43.835/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 81 (over de nietigheidssanctie die gekleefd wordt aan bestuursrechtelijke bepalingen in strijd met het decreet die vragen doet

strafrecht¹²⁸ en/of het burgerlijk recht.¹²⁹ Een selectie uit de talrijke voorbeelden: zo tikt de afdeling Wetgeving de wetgever op de vingers wanneer deze, gelet op de specificiteit van het sociaal recht, uitvoerende macht wil toekennen aan de sociale partners eerder dan aan de Koning¹³⁰ of verordenende bevoegdheden wil geven aan een openbare instelling¹³¹ of aan een bijzondere commissie.¹³² Evenzeer uit de afdeling Wetgeving bedenkingen wanneer de wetgever de wet wenst te laten uitvoeren door de wetgever zelf¹³³ of door de minister van Sociale Zaken¹³⁴ of van Werk¹³⁵ in plaats van door de Koning. De decreetgever ontsnapt niet aan analoge kritiek.¹³⁶

rijzen bij de afdeling Wetgeving over de bevoegde rechtsmacht, de termijn van zestig dagen, de rechtsgevolgen van een nietigheid door een gewone rechter uitgesproken ...).

¹²⁸ En daarmee verband houdende bepalingen uit het EVRM, zoals over de bewijswaarde van processen-verbaal van toezichtsambtenaren en over het tegen zichzelf getuigen: Adv.RvS 35.700/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1663/2, 20-24; zie bv. het ontwerp van decreet tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden (Vlaanderen) waar weinig rekening wordt gehouden met de algemene strafrechtelijke context waarbinnen dit ontwerp zich situeert: Adv. RvS 40.372/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/001, 66-67, 74 (bewijswaarde PV), 82 (bewijsvoering in strafzaken), 96-97 (geen verplichting om tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen of nog met de vereiste van voorzienbaarheid die inherent is aan het strafrecht: Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/001, 109 en Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/01, 22.

¹²⁹ Bv. de financiële sanctie ten voordele van de RSZ in geval van niet-naleving van bepaalde verplichtingen van de werkgever bij sluiting van onderneming, deed bij de afdeling Wetgeving de vraag rijzen naar de aard van deze sanctie (schadevergoeding versus straf) en in het kielzog hiervan naar de verenigbaarheid ervan met art. 14, lid 7 IVBPR en naar de inpasbaarheid ervan in het bestaande normenapparaat (indien een straf). Indien het een schadevergoeding betreft, dan moet er een redelijke verantwoording bestaan voor een forfaitair stelsel: Adv. RvS 50.623/AV/3, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 468-469. Over dezelfde problematiek bij sluiting en de cumulaties van sancties: Adv.RvS 34.971/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2002-03, 2343/001, 149-150. Een analoge problematiek i.v.m. de sanctie bij het onterecht niet toekennen van outplacement: belasting, administratieve of strafrechtelijke geldboete, schadevergoeding, retributie, ... Adv.RvS 50.623/AV/3, *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1603/1, 463 i.v.m. subrogatie en dadingen in RIZIV-materies die sterk afwijken van het burgerlijk recht.

¹³⁰ Adv.RvS 54.231/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3144/001, 115-117 en 119; Adv. RvS 49.323/1, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001, 60; Adv.RvS 54.684/1 over een voorontwerp van wet tot oprichting van de Dienst voor de Bijzondere Socialezekerheidsstelsels, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3400/001, 57 en Adv.RvS 36.111/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2003-04, 2074/1, 60, 62-63 (i.v.m. akkoorden gesloten door de SERV met bekrachtiging door de Vlaamse regering en 64 (i.v.m. het uitwerken van de regeling voor het personeel).

¹³¹ Adv.RvS 54.684/1, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3400/00157.

¹³² Adv.RvS 41.662/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/002, 456 bij het ontwerp i.v.m. juridische kwalificatie van de arbeidsrelaties. In verband met paritaire comités en CAO's en de kritiek hierop gelet op art. 33 Gw.: Adv.RvS 37.099/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1437/002 en 1438/002, 594-595.

¹³³ Adv.RvS 43.657/1 en Adv.RvS 43.658/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 en 0258/001, 84 en Adv.RvS 34.971/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 2343/001, 150-151.

¹³⁴ Adv.RvS 40.372/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 2517/001, 111.

¹³⁵ Adv.RvS 53.113/1 over een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2012-13, 2891/001, 29.

¹³⁶ Adv.RvS 43.835/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 76 (waar de decreetgever zich inlaat met de organisatie en de werking van de diensten van de Vlaamse regering, terwijl dat uitsluitend

44. De raad is ook kritisch wanneer de sociale wetgever nieuwe ‘rechtsbronnen’, zoals bijvoorbeeld bij ondernemingsplannen, of bepaalde ‘commissies’ creëert zonder duidelijk juridisch statuut: moet die commissie dan adviezen verlenen of moet zij beslissingen nemen, en indien het om een beslissing gaat, is er dan een administratief of jurisdictioneel beroep tegen mogelijk, en wat is juist de juridische aard van de commissie?¹³⁷ Ook bij het ontwerp van decreet inzake de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen bijvoorbeeld had de afdeling Wetgeving vragen bij de aldaar ingerichte comités en commissies.¹³⁸ Dezelfde soort bemerking maakte de raad bij de zogenaamde partnerschapsovereenkomsten in het ontwerp van het Sociaal Strafwetboek.¹³⁹ De afdeling Wetgeving staat ook kritisch tegenover juridisch vage begrippen zoals ‘overleg’, ‘bekrachtiging’ of ‘formeel standpunt’, zonder verdere precisering van de rechtsgevolgen, noch van de procedure die moet worden doorlopen¹⁴⁰, of tegenover het opzetten van een parallel systeem van een soort collectieve arbeidsovereenkomsten in Vlaanderen.¹⁴¹ Zelfde type bemerkingen waren er ook bij de ‘overeenkomst’ die de instelling en de werking van een vertegenwoordigingsorgaan voor werknemers of de instelling van één of meer informatie- en raadplegingsprocedures regelt en die voorkomt in meerdere CAO’s van de Nationale Arbeidsraad die Europese richtlijnen omzetten.¹⁴² De rechtszekerheid is er niet mee gediend wanneer de wetgever *ad hoc* en misschien onvoldoende doordacht nieuwe vehikels tot stand brengt waarvan de plaats in het rechtsbestel onduidelijk is. Het sociaal recht, met de invloed van de sociale partners, lijkt gevoelig voor dergelijke ‘nieuwigheden’ die plots, misschien precies als compromis, de wetgeving binnensluipen.

45. De sociale decreetgever lijkt soms ook te popelen om sociale grondrechten die als zodanig niet rechtstreeks afdwingbaar zijn, expliciet te willen waarborgen, hetzij door artikel 23 louter te parafraseren in een decreet, hetzij door de inhoud ervan in vage termen in een decreet te willen omschrijven. Dit noopt de afdeling Wetgeving er dan toe om aan te dringen op een grondige herwerking van de desbetreffende bepalingen. Wil men immers sociale grondrechten effectief afdwingbaar maken, dan moet de concrete inhoud ervan nader worden omschreven door

de taak van deze laatste is) en Adv.RvS 44.742/4, *Parl.St.* Fr.Parl. 2008-09, nr. 601/1, 111 (analoge kritiek).

¹³⁷ Adv.RvS 49.323/1, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001,59; Adv.RvS 46.591/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 2003/001, 29-30. Voor een analoog probleem, zie Adv.RvS L.35.642/2/V over een voorontwerp van decreet betreffende het begeleidingsplan inzake omschakeling, *Parl.St.* W.Parl. 2003-04, nr. 606/1, 11.

¹³⁸ Adv.RvS 36.111/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2003-04, nr. 2074/1, 66-67.

¹³⁹ Adv.RvS 40.352/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1666/001 en 1667/01, 492.

¹⁴⁰ Adv.RvS 36.154/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2003-04, nr. 2165/1, 84.

¹⁴¹ Adv.RvS 36.154/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2003-04, nr. 2165/1, 83.

¹⁴² Adv.RvS 45.419/1 en 45.420/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1951/001 en 1952/001, 28; Adv.RvS 43.860/1 en Adv.RvS 43.861/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0810/001 en 0811/001, 25 en Adv.RvS 38.193/1 en Adv.RvS 38.194/1, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1821/001 en 1822/001, 26.

de bevoegde wetgever.¹⁴³ Deze vereiste leidt de afdeling Wetgeving dan evenwel tot de fundamentele opmerking dat de bevoegde wetgever zich hierbij de vraag moet stellen of het rechtstreeks afdwingbaar maken van bepaalde sociale grondrechten wel effectief realiseerbaar is. Zo niet, kan het opnemen van die rechten in een decreet desgevallend aanleiding geven tot overheidsaansprakelijkheid.¹⁴⁴

46. De afdeling Wetgeving merkt ook op dat wanneer de sociale wetgever een systeem voor aansprakelijkheid van de bestuurders van vennootschappen opzet bij niet-betaling van sociale bijdragen, het toch wel aangewezen is om deze regeling zo veel mogelijk in lijn te organiseren met het fiscale analoge systeem waarmee het parallel zou moeten lopen, behalve noodzakelijke verschillen die dan het best verduidelijkt kunnen worden in de memorie van toelichting.¹⁴⁵

G. EUROPESE RICHTLIJNEN LATEN OMZETTEN DOOR DE SOCIALE PARTNERS HEEFT ZO OOK ZIJN NADELEN

47. De afdeling Wetgeving erkent dat de omzetting van een richtlijn door een nationale interprofessionele collectieve arbeidsovereenkomst, aangevuld met wettelijke bepalingen waar nodig, aansluit bij de horizontale subsidiariteit die door de Europese regelgever wordt aangemoedigd. De algemeen verbindendverklaring van de CAO is hierbij een sleutelement. Tegelijk wees de afdeling Wetgeving reeds herhaaldelijk op een aantal specifieke nadelen die nochtans opduiken bij dergelijke wijze van omzetten en die verbonden zijn met het statuut van de CAO onder Belgisch recht. Zo kan een CAO eenzijdig worden opgezegd, heeft een CAO(-wet) een beperkt toepassingsgebied, wat leidt tot de afwezigheid van omzetting in de publieke sector (indien dit niet wordt opgevangen door andere wettelijke of verordenende regelingen), en wordt de bevoegdheid miskend van de gemeenschappen voor wat betreft de rechtspositie van het onderwijspersoneel.¹⁴⁶

¹⁴³ Adv.RvS 35.700/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1663/2, 13.

¹⁴⁴ Adv.RvS 35.700/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1663/2, 16.

¹⁴⁵ Adv.RvS 40.372/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 05-2006, nr. 2517/001, 114.

¹⁴⁶ Adv.RvS 45.419/1 en 45.420/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1951/001 en 1952/001, 27-28; Adv.RvS 43.860/1 en Adv.RvS 43.861/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0810/001 en 0811/001, 24-25 en Adv.RvS 38.193/1 en Adv.RvS 38.194/1, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1821/001 en 1822/001, 24-26.

H. OPGELET VOOR HET HERZIENE EUROPEES SOCIAAL HANDVEST

48. Sporadisch duikt het Herziene Europees Sociaal Handvest op in de adviezen.¹⁴⁷ De twee wetsontwerpen die pogen een harmonisering van de statuten voor arbeiders en bedienden tot stand te brengen, nopen er de afdeling Wetgeving toe om tot tweemaal toe de aandacht te vestigen op artikel 4.4 van het Herziene Europees Sociaal Handvest en bedenkingen te opperen bij de conformiteit van het ontwerp op bepaalde punten met dit artikel 4.4, dat in de rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak alvast rechtstreekse werking toegeschreven wordt in zoverre het aan de staten een verbod tot het nemen van bepaalde maatregelen oplegt.¹⁴⁸ In artikel 4.4 verbinden de partijen zich ertoe, teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op een billijke beloning te waarborgen, het recht van alle werknemers op een redelijke opzegtermijn bij beëindiging van hun dienstbetrekking te erkennen.

Bij het wetsontwerp tot invoering van het Sociaal Strafwetboek wordt dan weer in vraag gesteld of de Wet van 19 augustus 1948 betreffende de Prestaties van Algemeen Belang in Vredestijd en bijgevolg het strafbaar stellen van de weigering tot het uitvoeren of laten uitvoeren van maatregelen, prestaties of diensten bedoeld in die wet nog wel conform te noemen is met het recht tot het voeren van collectieve actie opgenomen in het Herziene Europees Sociaal Handvest, waarbij wordt uitgegaan van het uitzonderlijke karakter van de beperkingen op dat recht.¹⁴⁹

I. EN VOOR IAO-VERDRAGEN EN IAO-AANBEVELINGEN

49. Meer dan het Europees Sociaal Handvest duiken IAO-verdragen op in de adviezen. Zo bijvoorbeeld het advies dat werd gegeven bij het ontwerp dat leidde tot de wet van 13 juni 2007 houdende diverse arbeidsbepalingen, dat een rege-

¹⁴⁷ Voor een omvattend advies van de afdeling Wetgeving in algemene vergadering op het wetsvoorstel tot waarborging van een minimumdienstverlening in het raam van opdrachten van openbare dienst en taken van algemeen belang, dat niet tot een wet heeft geleid: Adv.RvS 39.942/AV, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 0604/003, 8 e.v. voor bemerkingen op basis van art. 6.4 van het Herziene Europees Sociaal Handvest.

¹⁴⁸ Het wetsontwerp dat geleid heeft tot de wet van 12 april 2011 houdende aanpassing van de wet van 1 februari 2011 houdende verlenging van de crisismaatregelen en uitvoering van het interprofessioneel akkoord, en tot uitvoering van het compromis van de regering met betrekking tot het ontwerp van interprofessioneel akkoord, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1322/001, 56 e.v.; het wetsontwerp dat geleid heeft tot de wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van het eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake opzegtermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3144/001, 114 e.v., met verwijzing naar het arrest RvS 28 april 2008, nr. 182.454.

¹⁴⁹ Adv.RvS 40.352/1, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1666/001, 527.

ling van de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst aan boord van zeeschepen bevatte.¹⁵⁰ Dit verwijst naar een reeks IAO-verdragen. De afdeling Wetgeving had ook heel wat bedenkingen over de gebrekkige aansluiting op het IAO-verdrag nr. 81¹⁵¹ van het ontwerp van decreet tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaal-rechtelijke aangelegenheden waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn.¹⁵²

Bij het voorstel van decreet houdende Handvest van de werkzoekende merkte de afdeling Wetgeving op dat het voorstel weliswaar in lijn lag met het IAO-verdrag nr. 181¹⁵³, dat niet door België was geratificeerd, maar niet met het IAO-verdrag nr. 96¹⁵⁴, dat wel geratificeerd was door België en waarvan de uitgangspunten diametraal tegenover de uitgangspunten opgenomen in het verdrag nr. 181 staan.¹⁵⁵

50. Tegelijk vermijden afbreuk te doen aan het IAO-verdrag nr. 181, dat de bescherming tegen misbruiken van werknemers en werkzoekenden voor ogen heeft enerzijds, én voldoen aan Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (de zogenaamde dienstenrichtlijn) anderzijds, blijkt geen evidente oefening. De afdeling Wetgeving merkt hierbij op dat hoewel kan worden geacht dat het afschaffen van de erkenningsregeling in overeenstemming is met het IAO-verdrag nr. 181, er toch moet over worden gewaakt dat de door dat verdrag aan werknemers en werkzoekenden verleende rechten en bescherming op een gelijkwaardige wijze worden gewaarborgd. Het komt aan de decreetgever toe om aan te tonen dat op die wijze geen afbreuk wordt gedaan door het IAO-verdrag nr. 181 vereiste beschermingsniveau.¹⁵⁶

51. Hoewel een IAO-aanbeveling niet de juridische waarde heeft van een verdrag, hoort een lidstaat in zijn beleidsvoering ter zake er minstens rekening mee te houden, bijvoorbeeld als aansporing. De afdeling Wetgeving beveelt dan ook aan dat in het ontwerp dat de juridische kwalificatie van de arbeidsrelatie beoogt te regelen, uiteen wordt gezet in welke mate rekening wordt gehouden met de Aanbeveling nr. 198 van 15 juni 2006 met betrekking tot de arbeidsrelatie.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Adv.RvS 40.907/1, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 3067/001, 118-119.

¹⁵¹ IAO-verdrag nr. 81 van 11 juli 1947.

¹⁵² Adv.RvS 33.832/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2002-03, 70-71.

¹⁵³ IAO-verdrag nr. 181 van 19 juni 1997 betreffende de particuliere bureaus van arbeidsbemiddeling.

¹⁵⁴ IAO-verdrag nr. 96 van 1 juli 1949 betreffende bureaus voor arbeidsbemiddeling welke voor hun bemiddeling betaling vragen uit 1949.

¹⁵⁵ Adv.RvS L.35.642/2/V, *Parl.St.* W.Parl. 2003-04, nr. 606/1, 6.

¹⁵⁶ Adv.RvS 48.142/1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2009-10, nr. 641/1, 61.

¹⁵⁷ Adv.RvS 41.662/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2773/002, 453.

J. BELGISCHE REGELGEVING IN OVEREENSTEMMING BRENGEN MET EUROPESE RICHTLIJNEN BLIJKT NIET EENVOUDIG TE ZIJN

52. ... en lijkt soms zelfs na meerdere pogingen niet te lukken.¹⁵⁸ De afdeling Wetgeving gaat de juridische correctheid van de omzetting na.¹⁵⁹ De wetgever dient aldus aan te geven waarom hij omtrent een omstreden punt een interpretatie van de richtlijn heeft verkozen boven een andere.¹⁶⁰

Zo blijkt het in lijn brengen van de Belgische wetgeving met Richtlijn 2002/14/EG een moeilijke bevalling te zijn geweest.¹⁶¹ Wat betreft de bijkomende vakantie aan het begin of bij hervatting van een activiteit, merkt de afdeling Wetgeving op dat het aan de steller van het ontwerp toekomt om in de memorie van toelichting voldoende elementen aan te reiken die de overeenstemming van de ontworpen regeling met artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG aannemelijk kunnen maken.¹⁶²

K. DE OPENBARE SECTOR LIJKT VERGETEN

53. Wanneer Europese richtlijnen worden uitgevoerd door CAO's, dan moet de afdeling Wetgeving vaststellen dat de openbare sector weleens vergeten blijkt.¹⁶³ Maar ook buiten deze context is het soms niet duidelijk of de openbare sector nu al dan niet onder een bepaald ontwerp valt. De wetgever geeft soms aan dat de openbare sector wel gevisieerd is door de regeling, doch dit doet de afdeling Wetgeving dan opmerken dat de regeling inhoudelijk uitsluitend afgestemd blijkt op

¹⁵⁸ Adv.RvS 43.657/1 en Adv.RvS 43.658/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 en 0258/001, 84-85 (i.v.m. de Richtlijn 2002/14/EG, waar de afdeling Wetgeving, ondanks haar eerdere advies nr. 43.657/1 in dezelfde zin en aanpassingen aan het ontwerp, moet blijven vaststellen dat de overeenstemming van de ontworpen regeling met de richtlijn problematisch blijft).

¹⁵⁹ Adv.RvS 38.193/1 en Adv.RvS 38.194/1, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1821/001 en 1822/001, 27 (i.v.m. definities uit een richtlijn die, volgens de afdeling Wetgeving, precies en volkomen dienen te worden overgenomen, zonder toevoegingen of weglatingen, dit om de eenvormige toepassing van de richtlijn niet in het gedrang te brengen). Zie hierover in dezelfde zin Adv.RvS 31.100/1, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1374/001, 18; Adv.RvS 32.061/1 over het voorontwerp van wet betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, *Parl.St.* Kamer 2001-02, 1653/001, 12; Adv.RvS 43.835/1, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 76-77; Adv.RvS 44.742/4, *Parl.St.* Fr.Parl. 2008-09, 102-107; Adv.RvS 45.702/2, *Parl.St.* Verg.Fr.Gem.Comm. 2009-10, nr. 23/1, 32 en 38-42 en Adv.RvS 47.924/1, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 0431/001, 17 (i.v.m. de uitsluiting van personen die een leidende functie uitoefenen, afwijking van de maximale wekelijkse arbeidsduur).

¹⁶⁰ Adv.RvS 40.691/AG bij het wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2721/001, 143-144 en Adv.RvS 40.689/AG, Adv.RvS 40.690/AG en Adv.RvS 40.691/AG, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 2722/01, 159-160.

¹⁶¹ Adv.RvS 43.657/1 en Adv.RvS 43.658/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 en 0258/001, 85 en Adv.RvS 42.123/1, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0257/001 en 0258/001, 235.

¹⁶² Adv.RvS 50.963/1/2/3/4, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 2097/007 en 2098/001, 169-170.

¹⁶³ *Supra* randnr. 52.

de private sector zonder dat rekening is gehouden met de specifieke eigenheden van de openbare sector.¹⁶⁴

IV. BESLUIT

54. Voor deze bijdrage heb ik me moeten beperken tot het doornemen van een 80-tal adviezen van de afdeling Wetgeving uit de periode 2002-2014. Ik ben niet nagegaan welke gevolgen de onderscheiden wetgevers aan de commentaren hebben gegeven. Evenmin heb ik nog kunnen onderzoeken of en op welke wijze de bemerkingen nadien hun weerslag hebben gevonden in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, of andere hoven en rechtbanken. Dit zou nochtans een zeer interessante oefening zijn. Een meer volledige studie zou ook reglementaire besluiten meenemen.

55. De verschillende ontwerpers van sociale wetgeving moeten bij de afdeling Wetgeving als het ware een juridisch examen afleggen dat inhoudelijk veel verder gaat dan sociaal recht. Zij krijgen geen punten, maar wel een advies mee. Doorgaans krijgt de afdeling Wetgeving hiervoor maar zeer korte termijnen, terwijl het soms ontwerpen betreft die aan fundamentele elementen van het sociaal recht raken. Nochtans zou de afdeling Wetgeving de tegenpool moeten kunnen zijn voor politiek haastwerk. Zelfs binnen die vrij korte termijnen slaagt de afdeling Wetgeving er vaak toch in om adviezen op te leveren die grondig zijn doordacht. Zo zijn een aantal adviezen zeer gedocumenteerd en uitgewerkt en bevatten ze een schat aan verwijzingen naar relevante nationale en internationale rechtspraak.

56. Het sociaal recht mag dan al erkend zijn als autonome rechtstak, de bekommernis van de afdeling Wetgeving dat het sociaal recht niet te ver 'afdwaalt' en op coherente wijze deel blijft uitmaken van het geheel van ons rechtssysteem, is heel pertinent. De afdeling Wetgeving geeft blijk van een helikopterzicht over de verschillende rechtstakken heen en probeert er de wetgever toe te brengen het warm water niet onnodig opnieuw uit te vinden of zich niet te verbranden aan bepaalde beginselen eigen aan sommige rechtstakken op wier domein het sociaal recht al eens komt. Het typische voorbeeld is hier het strafrecht waarmee het sociaal recht vaak interfereert.

57. De afdeling Wetgeving fungeert ook als een geheugen van vroegere en andere wetgeving. Zo geeft zij opmerkingen die ervoor moeten zorgen dat er geen onnodige verschillen tot stand worden gebracht ten aanzien van reeds bestaande sociaalrechtelijke regelingen, zodat de coherentie binnen het sociaal

¹⁶⁴ Adv.RvS 33.342/1/3/4 over een voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 2032/001, 39.

recht behouden blijft. Een rechtstak wordt immers het best gekenmerkt door een interne samenhang en logica. Dit is geen evidente zaak, gelet op het feit dat het sociaal recht tot stand komt door compromissen tussen sociale partners (en overheid) en in een context van budgettaire beperkingen.

58. Opvallend is de toegenomen aandacht voor de grondrechten, zoals het gelijkheidsbeginsel en ook het artikel 23 van de Grondwet, dat in de recentere adviezen prominent op de voorgrond treedt. Het is duidelijk dat zowel het legaliteitsbeginsel als ook het *standstill*-beginsel nog in volle ontwikkeling zijn. Er kan worden vastgesteld dat het sociaal recht, ontstaan als tegenwicht voor de economische ongelijkheid tussen werkgever en werknemers¹⁶⁵, zelfs alle records lijkt te breken in het creëren van allerlei categorieën en subcategorieën, waar de Raad van State op zeer regelmatige tijdstippen ernstige vragen bij stelt vanuit het gelijkheidsbeginsel.

59. De toegenomen aandacht voor de bevoegdheidsproblematiek ten gevolge van de staatshervormingen doet vrezen dat deze problematiek niet alleen een constante zal blijven, maar dat deze nog in complexiteit zal toenemen in het – reeds zo complexe – domein van het sociaal recht. Het feit dat het aantal pagina's dat aan de bevoegdheidsproblematiek wordt gewijd in de adviezen, het aantal pagina's besteed aan bijvoorbeeld de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en artikel 23 met de sociale grondrechten makkelijk overschrijdt, is niet meteen geruststellend. Het is trouwens ook opvallend dat de afdeling Wetgeving aan de respectieve decreeten en ordonnantiegevers vaak zeer elementaire bemerkingen moet meegeven. De strafrechtelijke context waarin sommige sociaalrechtelijke decreten zich bevinden, lijkt voor de decreetgever bijzondere uitdagingen te scheppen.

60. Ten slotte, voor alle practici van het sociaal recht voor wie de lectuur van de adviezen van de afdeling Wetgeving niet onmiddellijk dagelijkse kost is: wel, zij hebben ongelijk om deze interessante bron te verwaarlozen. De adviezen bevatten potentieel heel wat ideeën om regelgeving juridisch in vraag te stellen, wat in procedures van nut kan zijn. De regelgevers vinden het immers niet altijd nodig om gevolg te geven aan de adviezen van de afdeling Wetgeving, iets wat ze trouwens niet verplicht zijn. Omgekeerd kunnen adviezen ook argumenten opleveren om zich tegen aantijgingen in verband met wettekst te verweren of om een bepaalde lezing ervan te ondersteunen. Jammer trouwens dat de adviezen niet, zoals de bestuursrechtspraak, met enkele klikken op de website van de Raad van State terug te vinden zijn.

¹⁶⁵ V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof: rem op of katalysator van de economische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer?" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 9, Antwerpen, Intersentia, 2014, 193-228.

61. Wat juist de inbreng van professor RIGAUX is geweest in de adviezen die sinds de periode 2002 tot stand kwamen, zal wel een goed bewaard geheim blijven. Zo moet dit ook. Maar het kan bijna niet anders dan dat professor RIGAUX, als rechtsgeleerde, met zijn dieptezicht in het sociaal recht op alle niveaus, zijn doorgedreven belangstelling voor grondrechten, en zijn helikopterzicht naar andere rechtstakken toe, in de debatten in de afdeling Wetgeving een heel belangrijke bijdrage heeft kunnen leveren in de adviezen om zo eraan mee te helpen dat het sociaal recht juridisch steeds naar een hoger niveau wordt getild, zodat het zijn maatschappelijke rol zo goed mogelijk kan spelen.

ENIGE BESCHOUWINGEN OVER DE BETEKENIS VAN GRONDRECHTEN IN HET ARBEIDSRECHT IN HET ALGEMEEN EN VAN HET RECHT OP STAKING IN HET BIJZONDER

Wilfried RAUWS

Hoogleraar

Decaan Faculteit Rechtsgeleerdheid VUB

Hoofddocent Universiteit Maastricht

Plaatsvervangend raadsheer Hof van Beroep Antwerpen

I. INLEIDING

1. Het is duidelijk dat mijn leermeester Prof. Marc RIGAUX in de naoorlogse Belgische arbeidsrechtelijke doctrine een zeer vooraanstaande rol heeft gespeeld in de uitwerking en de verdieping van het recht op staking en op collectieve actie in het algemeen.¹ Later heeft Prof. RIGAUX op verdiepende wijze de betekenis van de grondrechten voor de evolutie van het arbeidsrecht geanalyseerd en geïllustreerd. Bij de gelegenheid van het emeritaat kunnen enige eigenzinnige reflecties worden geplaatst, waarbij niet alleen het Belgische arbeidsrecht maar ook Nederlandse rechtsbronnen een rol spelen.

II. GRONDRECHTEN ALS SECULIER NATUURRECHT?

2. Met de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, op 10 december 1948 aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, heeft het natuurrecht weer aan belang gewonnen, na onder meer het weezinwekkende

¹ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 527 p.; M. RIGAUX en F. DORSEMONT, *Vitale behoeften, essentiële diensten, minimumprestaties en stakingsrecht. Naar een amendering en actualisering van de Prestatiewet?* Antwerpen, Intersentia, 2003, 213 p.

nazisme en de verschrikkingen van het stalinisme.² De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens is weliswaar geen materiële wet in de zin van artikel 608 Ger.W., waarvan de schending een zelfstandige cassatiegrond oplevert³, maar het is, behalve om haar politieke belang, om meerdere redenen een instrument dat ook in het recht betekenis heeft. Soms is het een interpretatiehulp voor de rechter.

3. Bovendien heeft de Universele Verklaring de erkenning en introductie van de economische, sociale en culturele grondrechten bevorderd, vaak grondrechten van de tweede generatie genoemd, waarbij er geen overwegende onthoudingsplicht van de overheid/staat vooropstaat, zoals bij grondrechten van de eerste generatie, maar wel een actief overheidsoptreden met een prijskaartje.⁴ Een punt van vooruitgang bij de sociale grondrechten is dat het de betrokken rechten uit de sfeer van het paternalisme haalt. Hierbij kan worden gedacht aan het VN-verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten van 19 december 1966 (ECOSOC), dat evenwel geen rechtstreekse werking heeft in de Belgische rechtsorde.⁵ Het is echter van belang het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten ook niet te overschatten, maar het te nuanceren, zoals blijkt uit een grondige analyse van bijvoorbeeld de vrijheid van onderwijs en van vrije meningsuiting.⁶

4. Het is evident dat de Belgische grondrechten een nieuwe impuls hebben gekregen met de introductie op 17 februari 1992 van artikel 23 van de Grondwet inzake de sociale grondrechten. Hoewel de grondrechten in artikel 23 van de Grondwet, bijvoorbeeld het recht op arbeid, in beginsel geen rechtstreekse werking hebben⁷, betekent dit geenszins dat sociale grondrechten geen tastbare juridische betekenis zouden hebben, zoals blijkt uit de rechtspraak van de laatste decennia.⁸ In de arbeidsrechtelijke doctrine is men al gauw artikel 23 van de Grondwet gaan beschouwen als de juridische onderbouw of uitgangspunt van het sociaal recht.⁹

² B. VAN ROERMOND, *Themis terzijde: omtrekken van de rechtsfilosofie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1990, 211; P. KOIJMANS, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer, Kluwer, 2008, 359-360.

³ Cass. 25 september 2003, RW 2003-04, 1179, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS.

⁴ K. RAES, *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 1997, 106-111.

⁵ Cass. 25 september 2003, RW 2003-2004, 1179, concl. Adv. Gen. BRESSELEERS, zie ook Hoge Raad (HR) 6 december 1983, *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* 1984, nr.557; F. SAELENS en S. MARQUANT, "Stakingen en stakingspiketten, een stand van zaken", *Or.* 2008, 132.

⁶ Zie bv. M. ADAMS, "De retoriek van de sociale grondrechten", *RW* 1995-96, 12.

⁷ Zie aanhef art. 23, lid 2 Gw.; Toelichting senatoren STROOBANT en TAMINIAUX, *Parl.St.* Senaat, BZ 1991-92, nr. 100-2/3^a, 4, 9, 11; Verslag senatoren ARTS en NELIS, *Parl.St.* Senaat, BZ 1991-92, nr. 100-2/4^a, 5-8, 20 en 70; M. ADAMS, "De retoriek van de sociale grondrechten", *RW* 1995-96, 11.

⁸ Zie de rechtspraak besproken in W. RAUWS en M. STROOBANT, *Sociale en economische grondrechten – Les droits économiques et sociaux*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 212.

⁹ H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Mechelen, Kluwer, 1995, nrs. 1 en 2.

5. Het natuurrecht berust op het volgende geheel van stellingen: a) er bestaan normen b) die door het menselijk denken noodzakelijk moeten worden begrepen c) als zijnde constitutief voor elke rechtsorde, d) en die daarom boven-positieve normen heten.¹⁰ De idee van natuurrecht gaat ervan uit dat de mens van nature rechten heeft, dat mensenrechten in de menselijke natuur besloten liggen, en wel deze die zijn opgenomen in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Het nadeel van deze opvatting is dat deze opvatting in het (rechts)denken buiten de westerse rechtssystemen (en soms van binnenin) vaak wordt verworpen. Maar mijns inziens zijn grondrechten geen contingente ideeën van westerse liberale democratieën en westerse cultuur, maar wel degelijk universeel.^{11, 12} Derhalve kunnen mensenrechten inderdaad worden beschouwd als een vorm van seculier natuurrecht, berustend op een aantal principes van de Verlichting.¹³

III. KRITIEKEN OP DE GRONDRECHTEN

6. Vele juridische kritieken zijn er mogelijk op grondrechten in het algemeen, en sociale grondrechten in het bijzonder, bijvoorbeeld over de titularissen, de vaagheid of openheid van de rechten (dit is conceptuele vaagheid) de moeilijke afdwingbaarheid, de verantwoordelijkheid/rol van de overheid, de privaatrechtelijke werking ervan en de aard van de privaatrechtelijke werking, de onoplosbaarheid van de botsing van grondrechten, inzonderheid bij opiniebedrijven¹⁴, de proliferatie, en de daaruit voortvloeiende verwatering van het onderscheid tussen grondrechten en andere rechten¹⁵, de moeilijke hiërarchische structuur, en de precieze beperkingen van grondrechten.¹⁶

¹⁰ B. VAN ROERMOND, *Themis terzijde: omtrekken van de rechtsfilosofie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1990, 211.

¹¹ Vgl. C. MARIS en F. JACOBS, *Rechtsvinding en grondslagen van het recht*, Assen, Van Gorcum, 2003, 8-11; F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen. Bijdragen van Fernand Van Neste over recht, ethiek en politiek*, Antwerpen, Maklu, 1997, 286 e.v.

¹² Ook bv. in Indonesië of Turkije mogen mensen niet gemarteld worden, hebben burgers principieel recht op gezondheidszorg en vindt de meerderheid van de (islamitische) onderdanen van Indonesië dat ook.

¹³ Vgl. P. CLITEUR en A. ELLIAN, *Capita encyclopedie en rechtsfilosofie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 287.

¹⁴ Voor een recent voorbeeld van een botsing tussen twee conflicterende grondrechten, enerzijds de vrijheid van vakvereniging en anderzijds de autonomie van een religieuze gemeenschap, zie EHRM 9 juli 2012, *Sindicatul "Păstorul cel bun"/Roemenië*, RW 2014-15, 1117. Het EHRM was van oordeel dat het Roemeense hof van beroep redelijkerwijs kon beslissen dat de erkenning van de vakvereniging de autonomie van de religieuze gemeenschap zou bedreigen (§ 162). Voor België in dezelfde zin: GwH 5 oktober 2005, nr. 152/2005, www.grondwettelijkhof.be; RvS 1 februari 1999, nr. 78.465, *Van Reusel e.a.*, RW 1998-99, 1216, noot G. MAES; Cass. 20 oktober 1994, RW 1994-95, 1082.

¹⁵ G. BECK, "Human Rights Adjudication under the ECHR between Value Pluralism and Essential Contestability", *European Human Rights Law Review* 2008, 215.

¹⁶ M. GLENDON, *Rights, Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991, 236 p.; M. KOSSKENNIEMI, "The Effect of Rights on Political Culture" in P. ALSTON

7. Maar er zijn ook meer principiële rechtstheoretische analyses van de grondrechten mogelijk. Zo verwijt de marxistische theorie dat rechten en mensenrechten in de burgerlijke democratieën slechts illusoir zijn en zuiver formeel, waarbij de arbeidersklasse de instrumenten mist om haar rechten te doen respecteren. De mensenrechten overstijgen het burgerlijk egoïsme niet. De principes van gelijkheid en legaliteit maskeren de feitelijke ongelijkheden. Deze ongelijkheden reflecteren de sociale strijd tussen de verschillende klassen. Het recht heeft geen enkele bevrijdende of emancipatorische werking.¹⁷ De oplossing van het probleem ligt in de gewelddadige afschaffing van de liberale staat. Opgemerkt moet worden dat de kritiek van Karl MARX vooral betrekking had op de klassieke grondrechten. Een en ander heeft tot gevolg dat klassieke marxisten het verbreiden van mensenrechten als een reformistisch project zien. Het verhaal is echter genuanceerder dan dat. Modernere marxisten zijn van oordeel dat het uitputtend aanwenden van rechtsnormen het recht van zijn burgerlijke dimensie kan bevrijden.¹⁸

8. Anderen zien een bedreiging van de democratische rechtsstaat in het rechterlijk activisme bij de uitwerking van de grondrechten.¹⁹ In de ideale wereld zullen de rechters en de advocaten de conflictbeslechter zijn en niet of niet meer overwegend de democratisch verkozenen. Het primaat van de politiek valt weg.²⁰

(ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 200.

¹⁷ K. MARX, *Zur Judenfrage* (1843): "Es bleibt der andere Teil der Menschenrechte zu betrachten, die *droits de l'homme* [Menschenrechte], insofern sie unterschieden sind von den *droits du citoyen* [Staatsbürgerrechte]. In ihrer Reihe findet sich die Gewissensfreiheit, das Recht, einen beliebigen Kultus auszuüben. Das Privilegium des Glaubens wird ausdrücklich anerkannt, entweder als ein Menschenrecht oder als Konsequenz eines Menschenrechtes, der Freiheit. (...) Vor allem konstatieren wir die Tatsache, daß die sogenannten Menschenrechte, die *droits de l'homme* im Unterschied von den *droits du citoyen*, nichts anderes sind als die Rechte des Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft, d.h. des egoistischen Menschen, des vom Menschen und vom Gemeinwesen getrennten Menschen. (...) Die Freiheit ist also das Recht, alles zu tun und zu treiben, was keinem andern schadet. Die Grenze, in welcher sich jeder dem andern unschädlich bewegen kann, ist durch das Gesetz bestimmt, wie die Grenze zweier Felder durch den Zaunpfahl bestimmt ist. Es handelt sich um die Freiheit des Menschen als isolierter auf sich zurückgezogener Monade. Warum ist der Jude nach Bauer unfähig, die Menschenrechte zu empfangen? Solange er Jude ist, muß über das menschliche Wesen, welches ihn als Menschen mit Menschen verbinden sollte, das beschränkte Wesen, das ihn zum Juden macht, den Sieg davontragen und ihn von den Nichtjuden absondern. Aber das Menschenrecht der Freiheit basiert nicht auf der Verbindung des Menschen mit dem Menschen, sondern vielmehr auf der Absonderung des Menschen von dem Menschen. Es ist das Recht dieser Absonderung, das Recht des beschränkten, auf sich beschränkten Individuums. (...) Keines der sogenannten Menschenrechte geht also über den egoistischen Menschen hinaus, über den Menschen, wie er Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, nämlich auf sich, auf sein Privatinteresse und seine Privatwillkür zurückgezogenes und vom Gemeinwesen abgesondertes Individuum ist", www.mlwerke.de/me. Vgl. P. HUMBLET, "Een kwart eeuw staking en lock-out" in X, *Gandius Postuniversitaire cyclus W. Delva. Sociaal recht en fiscaal recht. Elck wat wils*, Mechelen, Kluwer, 2013, 487.

¹⁸ K. RAES, "Marxistische rechtstheorie", *Vlaams Marxistisch Tijdschrift* 1978, nr. 2, 48.

¹⁹ Aldus in forse bewoordingen: M. BOSSUYT, "Rechterlijk activisme in Straatsburg", *RW* 2013-14, 723-733.

²⁰ P. CLITEUR en A. ELLIAN, *Capita encyclopedie en rechtsfilosofie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 305.

Een voorbeeld van (bescheiden) rechterlijk²¹ activisme valt mijns inziens vast te stellen in bepaalde arresten van het Europees Hof van de Rechten van de Mens en de toezichtsorganen van de Internationale Arbeidsorganisatie betreffende de vrijheid van vakvereniging in artikel 11 EVRM en in het IAO-verdrag nr. 87 inzake de vakbondsvrijheid. In het arrest *Schmidt en Dahlström v. Zweden* van 6 februari 1976 weigerde het Hof nog te erkennen dat het stakingsrecht weliswaar een belangrijk middel maar geen essentieel of noodzakelijk middel van vakverenigingen vormde om de belangen van hun leden te verdedigen.²² Het Hof weigerde om die reden een beperking van het stakingsrecht te toetsen aan de beperkingsvoorwaarden van artikel 11, § 2 EVRM. Maar verwijzend naar de evolutieve interpretatie en de oordelen van andere internationale toezichtsorganen die instaan voor de naleving van andere verdragen, met name de controleorganen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) die het stakingsrecht als een wezenlijk onderdeel hebben opgevat van de door IAO-conventie nr. 87 erkende vakverenigingsvrijheid, ging het Hof 'om'. In het arrest *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkije* van 21 april 2009 wijst het Hof verder ook de structuur aan van artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest. Dat Handvest erkent het recht op collectieve actie “*with a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively*”. Aldus vormt het stakingsrecht, ook van ambtenaren, een onderdeel van de (vak)verenigingsvrijheid.²³ De aanleiding voor het gewijzigde standpunt van het Hof was een geplande stakingsactie van Turkse ambtenaren in 1996. Drie ambtenaren die deze circulaire trotseren, worden disciplinair gestraft. De ambtenarenbond Enerji Yapi-Yol Sen vecht de circulaire tevergeefs aan bij de Turkse Raad van State en legt vervolgens het geding voor aan het Hof te Straatsburg.

Het Hof herinnert aan het wezenlijke recht van vakverenigingen om hun stem te laten horen, om de belangen van hun leden te verdedigen. In het arrest *Schmidt en Dahlström v. Zweden* van 6 februari 1976 weigerde het Hof nog te erkennen dat het stakingsrecht een essentieel middel vormde om die belangen te verdedigen.²⁴ Artikel 11, § 2 EVRM bevatte een expliciete mogelijkheid om specifieke beperkingen op te leggen wat de vrijheid van vereniging en van vergadering betreft voor “leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat”. In de rechtsleer werd opgemerkt dat ook deze beperkingen noodzakelijk moeten zijn in een democratische rechtsstaat en moeten beantwoorden aan de vereisten van de proportionaliteit, hoewel dat voor beperkingen met betrekking tot de ambtenaren niet expliciet in het verdrag staat.

²¹ Daarmee wordt hier bedoeld de oordelen van het Europees Comité voor de Sociale Rechten.

²² EHRM 6 oktober 1976, nr. 5589/72, *Schmidt en Dahlström/Zweden*; F. DORSEMONTE, “Vrijheid van (vak)vereniging en stakingsrecht, een wezenlijke, maar niet exclusieve band” in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 45-46.

²³ EHRM 21 april 2009, nr. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol/Turkije*. In dezelfde zin EHRM 2 oktober 2014, nr. 48408/12, *Veniamin Tymoshenko e.a./Oekraïne*.

²⁴ EHRM 6 oktober 1976, nr. 5589/72, *Schmidt en Dahlström/Zweden*.

In het arrest *Demir en Baykara* had het Hof artikel 11 EVRM reeds geïnterpreteerd aan de hand van de oordelen.²⁵ Deze interpretatiemethode is niet nieuw en het Hof heeft deze reeds eerder toegepast, met name in het arrest *Schmidt en Dahlström v. Zweden*.

9. Het belang van dit arrest van het EHRM is groot, temeer omdat de rechtstreekse werking van de bepalingen van het EVRM buiten kijf staat.²⁶ Deze analyse is opmerkelijk te noemen, nu menig oude grondwet en het EVRM allang de vakbondsvrijheid als species van de verenigingsvrijheid hebben erkend, zonder daaruit het bestaan van het stakingsrecht af te leiden. Trouwens, indien dat wel het geval was geweest, was er geen noodzaak geweest om in tal van verdragen inzake sociale grondrechten expliciet het stakingsrecht te erkennen, met name artikel 6 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest (ESH) en artikel 8 van het ECOSOC-verdrag. Bij de introductie in 1991 van artikel 23 van de Grondwet was oorspronkelijk ook voorzien in de expliciete erkenning van het recht op werkstaking.²⁷ Echter heeft dit voorstel het niet gehaald, en dit niet omdat het stakingsrecht reeds werd afgeleid uit wel neergeschreven recht op collectief onderhandelen, maar wel omdat er geen meerderheid was om het stakingsrecht principieel als een sociaal grondrecht te erkennen en omdat de sociale partners dit niet wensden.²⁸ Op grond van de grondwettelijk allang beschermde verenigingsvrijheid in artikel 27 werd weliswaar logischerwijze het bestaan van de vakbondsvrijheid erkend, maar wordt (werd?) er algemeen niet het stakingsrecht uit afgeleid.²⁹

10. Het nadeel van dergelijke uitspraak inzake de impliciete fundering van het stakingsrecht op de verenigingsvrijheid is dat de contouren van het recht om te staken wel buitengewoon vaag blijven en daarmee veel bevoegdheid wordt gegeven aan de rechterlijke macht. In het algemeen kan men trouwens stellen dat de ontstentenis van wetgevend initiatief ertoe leidt dat het stakingsrecht rechtersrecht wordt, bijvoorbeeld in België, Nederland en Frankrijk. Daarmee verschuift

²⁵ EHRM 12 november 2008, nr. 34503/97, *Demir en Baykara/Turkije*.

²⁶ Y. DONDERS, "Europa's voorvechter van economische en sociale rechten", *Ars Aequi* 2014, 253.

²⁷ Voorstel STROOBANT, *Parl.St. Senaat*, BZ 1991-92, nr. 100-2, 1^o, 9 en 13.

²⁸ Ook de vakbonden wensten geen grondwettelijke erkenning van het stakingsrecht, omdat ze vreesden dat de later wettelijke uitwerking van het principe van het stakingsrecht zou leiden tot een te ruime beperking van het stakingsrecht en omdat de rechters beperkingen zouden vastleggen in hun rechtspraak: R. BLANPAIN, "Bovenhuids en onderhuids. Voorbeelden van recht" in F. FLEERACKERS, *De huid van juristen*, Brussel, Larcier, 2005, 19; M. STROOBANT, "Arbeidsgeschillen voortaan binnen een juridisch kader behandeld?", *Mondiaal Nieuws* (MO), 1 december 2000.

²⁹ Bv. A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2003, nrs. 650-652; K. RIMANQUE, *De Grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 88-89; F. DORSSEMONT, "Vrijheid van (vak)vereniging en stakingsrecht, een wezenlijke, maar niet exclusieve band" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 46.

het probleem van de contouren, zoals blijkt uit een aantal recente arresten van het EHRM.

Zo moest het Hof recent een oordeel vellen over de geoorloofdheid van sympathiestakingen naar aanleiding van een expliciete bepaling in de Engelse stakingswetgeving die sympathiestakingen absoluut verbiedt. Ondanks het feit dat de toezichtsorganen ten aanzien van het IAO-verdrag nr. 87 uit het bestaan van de vakbondsvrijheid ook het bestaan van het recht op solidariteitsstakingen afleiden, heeft het EHRM in een arrest van 8 april 2014 geoordeeld dat de lidstaten over een eigen ruime beoordelingsvrijheid beschikken om te oordelen dat een bepaalde vorm van collectieve actie, *in casu* een solidariteitsstaking, in strijd is met de fundamentele rechten van derden als voorzien in artikel 11, lid 2 van het EVRM.³⁰ Men kan vaststellen dat de fundering van het stakingsrecht op de vakbondsvrijheid nog geen brede uitlegging ervan garandeert.

Zoals reeds aangestipt, moest het EHRM zich recent ook buigen over het bereik van de vakverenigingsvrijheid in religieuze gemeenschappen, met name in de Roemeens-orthodoxe Kerk. Het Roemeense hof van beroep weigerde om de vakvereniging opgericht door 32 geestelijken en 3 leken te registreren wegens het verzet van de aartsbisschop, waardoor de vakvereniging geen rechtspersoonlijkheid kreeg. Daarop tekende de vakvereniging beroep aan bij het EHRM en voerde ze een schending aan van artikel 11 EVRM. Bij de afweging van enerzijds de vrijheid van vakvereniging en anderzijds de autonomie van een religieuze gemeenschap overweegt het EHRM dat de autonomie van religieuze gemeenschappen onontbeerlijk is voor het pluralisme in een democratische samenleving en dat ze het wezen van de godsdienstvrijheid in artikel 9 van het EVRM raakt. De Grote Kamer van het EHRM besliste dat het Roemeense hof redelijkerwijze kon beslissen dat de erkenning van de vakvereniging de autonomie van de religieuze gemeenschap van de orthodoxe kerk zou ondermijnen. Met andere woorden, de betrokken geestelijken en leken genieten het stakingsrecht ook niet, hoewel het hof eerst had aangenomen dat de geestelijken voldoende gelijkenissen vertoonden met andere werknemers, onder meer omdat ze een loon ontvingen dat overeenstemt met dat van de ambtenaren en ze belastingen en socialezekerheidsbijdragen betalen, waarbij nog komt dat de orthodoxe kerk ook werkgeversbijdragen betaalde voor de sociale zekerheid. Er was derhalve sprake van een arbeidsrelatie die onder de toepassing van artikel 11 EVRM valt.³¹

11. De nadelen van dergelijk activisme zijn legio. Om te beginnen kan het jurisdictionele activisme diverse richtingen uitgaan, dan wel van koers veranderen bij een gewijzigde samenstelling ervan. Bovendien stellen de rechters zich bloot aan persoonlijke kritiek wanneer zij met hun interpretatie te ver voor de troepen uitlopen, om nog maar te zwijgen over het verwijt van de '*gouvernement des juges*'.

³⁰ Zie EHRM 8 april 2014, nr. 31045/10, noot E. KOOT-VAN DE PUTTE, overw. 103.

³¹ EHRM (Grote Kamer), 9 juli 2013, nr. 2330/09, *Sindicatul Pastorul cel Bun/Roemenië*.

Dergelijk zwenkend activisme stelt men soms ook vast bij ‘quasi-jurisdictionele’ toezichtsorganen zoals het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR).

Het ECSR heeft jarenlang Nederland veroordeeld omdat de Nederlandse rechtspraak sedert het beroemde *Nederlandse Spoorwegen*-arrest van de Hoge Raad van 30 mei 1986 jurisprudentiële beperkingen heeft aangebracht aan het stakingsrecht en het recht op collectieve actie onder de vorm van de zogenaamde ‘zwaarwegende spelregels’, inhoudende dat de collectieve actie moet beantwoorden aan het *ultimum-remedium*criterium en bovendien voorafgaandelijk moet zijn aangezegd.³² Sedert 2002 heeft het ECSR dergelijke jurisprudentiële beperking gefundeerd in de rechtspraak van de hoogste gerechtelijke autoriteit als een aantasting van het recht op collectieve actie in artikel 6, lid 4 van het ESH.³³ Niettemin is de Nederlandse rechtspraak rustig verder gegaan met het handhaven van die ‘zwaarwegende procedureregels’.³⁴ In 2014 meent het ECSR dat de Nederlandse rechtspraak voldoet aan de eisen van alle paragrafen van artikel 6 van het ESH, met inbegrip van die van lid 4. Het ECSR meent dat de Nederlandse beperkingen aan het stakingsrecht in overeenstemming zijn met artikel 6, lid 4, omdat de Nederlandse minister van Justitie de rechterlijke macht erop gewezen heeft dat de Nederlandse rechtspraak niet conform artikel 6, lid 4 is, althans volgens de inzichten van het ECSR. Bovendien erkent het Comité expliciet het proportionaliteitscriterium toegepast op het recht op collectieve actie in de Nederlandse rechtspraak, als strokende met de bescherming van de rechten van derden en van het algemeen belang als bedoeld in het beperkingsartikel G van het ESH.³⁵

Een laatste kritiek is de proliferatie van grondrechten op de diverse internationale fora met verschillende grondrechteninstrumenten van ongelijke juridische waarde, met telkens verschillende toeziende rechters of toezichtsorganen, waarbij die deels een verschillend dan wel soms tegengesteld oordeel vellen, waarbij de hiërarchische waarde ervan soms onduidelijk is en veelal verschillend. Hierop wordt verder nog ingegaan.³⁶

³² HR 30 mei 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ), 1986, nr. 688, concl. Adv. Gen. TEN KATE en noot P.A. STEIN.

³³ Zie *Conclusions ECSR*, XV-2, 2002, 446.

³⁴ Zie bv. Rb. Rotterdam 27 juni 2011, *JAR*, 2011/185; Rb. Utrecht 8 maart 2012 (KG ZA 12-167 inzake de proportionaliteitstoets), onuitg.; Rb. Midden-Nederland 30 december 2014, *JAR* 2015/32.

³⁵ Zie *Conclusions ECSR*, XX-3, 2014, 27 e.v.

³⁶ Zie bv. A. BAILLEUX, “La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l’intensité normative des droits sociaux”, *TSR* 2014, 283-308.

IV. DE CASSATIETECHNIEK VAN HET BEGIN VAN DE JAREN TACHTIG OVER DE STAKING EN DE UITSLUITING: MAJESTEITSSCHENNIS?

12. Het Hof van Cassatie heeft op 21 december 1981 een door alle arbeidsjuristen gekend arrest geveld over het stakingsrecht, gewezen op de conclusie van advocaat-generaal Lenaerts.³⁷ Menig commentator liet zich lovend uit over dit arrest, waarvan het in ieder geval de verdienste was een uitspraak te doen over het stakingsrecht in een periode waarin het Europees Sociaal Handvest nog niet in werking was getreden. Het ESH trad wat België betreft pas in werking op 15 november 1990³⁸, terwijl de stakingsfeiten in het arrest *De Bruyne* dateren van het einde van de jaren 70.

Het Hof van Cassatie besliste enerzijds dat het stakingsrecht als zodanig niet door enige Belgische wet expliciet werd erkend. Wel houdt de Wet Prestaties Algemeen Belang van 1948 de erkenning in van het recht van de werknemers om de contractuele arbeid niet te verrichten wegens staking. Anderzijds besliste het Hof dat geen wetsbepaling de werknemer verbiedt deel te nemen aan een staking die niet door een representatieve vakbond is erkend. Kennelijk steunt de beslissing van het Hof van Cassatie op een *a contrario* redenering, gebaseerd op de wet van 19 augustus 1948.

“De wet geeft een beperkte opsomming van de werkzaamheden tot het verrichten waarvan stakende werknemers kunnen worden verplicht. Zulke regeling houdt meteen de erkenning in van het recht van diezelfde werknemers om andere werkzaamheden niet te verrichten. Krachtens artikel 3 van de wet worden de werknemers die de te verrichten werkzaamheden moeten uitvoeren aangewezen door een akkoord tussen de werkgevers en de werknemers en, bij ontstentenis daarvan, door een beperkt paritair comité of door de minister van Tewerkstelling en Arbeid en Economische Zaken. Niet aangewezen werknemers hebben dus het recht hooftaak geen arbeid te verrichten, de aangewezen werknemers hebben het recht werkzaamheden die niet vallen onder de zogenaamde prestaties van algemeen belang niet te verrichten.”³⁹

Nu is algemeen bekend dat *a contrario*-redeneringen in het recht niet sluitend zijn.⁴⁰ Zo is het helemaal niet zo dat, omdat de wetgever in geval van staking en lock-out de verplichte tewerkstelling onder verbeurte van strafsancties regelt ter bescherming van de vrijwaring van essentiële diensten en het algemeen belang, dat daaruit *a contrario* het bestaan van een recht om te staken kan worden

³⁷ Cass. 21 december 1981 (zaak-*De Bruyne*), RW 1981-82, 2525, noot M. RIGAUX, “Omtrent de juridische aard van de werkstaking”.

³⁸ Wet 11 juli 1990 houdende goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest en van de Bijlagen, BS 28 december 1990.

³⁹ Concl. Adv. Gen. LENAERTS, RW 1981-82, 2530.

⁴⁰ Zie o.a. de Nederlandse Adv. Gen. HUYDEKOPER bij HR 5 april 2002, NJ 2002, 366.

afgeleid. Het is perfect mogelijk dat de wetgever vertrokken is van de vaststelling dat in de arbeidswereld meermaals stakingen voorkomen die principieel onrechtmatig zijn, waarbij de wetgever de vrijwaring van de vitale behoeften in ieder geval wou verzekeren, desgevallend onder verbeurte van strafsancties. Aldus had Prof. M. RIGAUX in 1981 gelijk wanneer hij schreef dat de door het Hof gevolgde formalistische werkwijze aan het recht te staken of het recht om wegens staking niet te arbeiden een zeer smalle en dus precaire grondslag geeft die zeer aanvechtbaar en betwistbaar blijft.⁴¹

Nu kan deze kritiek worden afgezwakt door een analyse te maken van de wetsgeschiedenis van de Wet Prestaties Algemeen Belang van 1948, wat het Openbaar Ministerie in zijn conclusie bij het arrest *De Bruyne* alvast niet expliciet gedaan heeft.⁴² Vastgesteld kan worden dat in het ontwerp van wet, ingediend door minister TROCLET, inderdaad van het bestaan van een stakingsrecht wordt uitgegaan.⁴³ Het bestaan van dit stakingsrecht vormt mee een uitgangspunt in het commissieverslag van kamerlid DE KEULENEIR.⁴⁴

Een ander nadeel van de door het Hof van Cassatie gevolgde werkwijze is dat indien uit de Wet Prestaties Algemeen Belang 1948 al kan worden afgeleid dat het stakingsrecht in de Belgische rechtsorde bestaat, geenszins wordt aangegeven welke de draagwijdte van dit recht is. De erkenning van het stakingsrecht in de Wet Prestaties Algemeen Belang impliceert niet dat naar Belgisch recht om het even welke staking legitiem zou zijn.⁴⁵

De conclusie mag luiden dat het Hof van Cassatie en het Openbaar Ministerie in 1981 beter wat meer rekening hadden gehouden met het proefschrift van Prof. Marc RIGAUX van 1979, waarin er al werd op gewezen dat het toezichtcomité met betrekking tot de syndicale vrijheid uit het IAO-verdrag van 1987 het bestaan van het stakingsrecht had afgeleid uit de vakverenigingsvrijheid.⁴⁶ Hierbij kan nuttig worden aangestipt dat het IAO-verdrag nr. 87 geen rechtstreekse werking noch horizontale werking heeft.⁴⁷

⁴¹ M. RIGAUX, "Omtrent de juridische aard van de werkstaking", *RW* 1981-82, 2542-2543.

⁴² Concl. Adv. Gen. LENAERTS, *RW* 1981-82, 2530.

⁴³ Zie MvT, *Parl.St.* Kamer 1947-48, nr. 414, 2 en 3.

⁴⁴ *Parl.St.* Kamer 1947-48, nr. 580, 2 en 3.

⁴⁵ Vgl. W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2012-2013*, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 3350.

⁴⁶ M. RIGAUX, *Staking en bezetting naar Belgisch recht*, 1979, Antwerpen Kluwer, 86-89.

⁴⁷ H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Mechelen, Kluwer, 1995, 305-306; C. DENEVE, "Invloed van de Internationale Arbeidsorganisatie op de Belgische rechtsorde", *TSR* 1995, 358. Anders: P. HUMBLET, "Si vis Pacem, colle iustitiam. De betekenis van de Internationale Arbeidsorganisatie 90 jaar na het Verdrag van Versailles" in X, *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber amicorum prof.dr. Othmar Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 76.

V. DE UITSLUITING OP EEN DWAALSPoor?

13. Zo er al kritische kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij het cassatie-arrest van 21 december 1981, moet nog kritischer worden aangekeken tegen een arrest van het Hof van Cassatie van 7 mei 1984 over de uitsluiting.⁴⁸ In dit arrest besliste het Hof opnieuw dat de Wet Prestaties Algemeen Belang 1948 het recht van de werkgever impliceert om in geval van uitsluiting de bedongen arbeid niet te laten verrichten. Maar bovendien vereiste het Hof van Cassatie voor de rechtmatigheid van de lock-out dat de schorsing van de uitvoering van de arbeids-overeenkomst gerechtvaardigd zou kunnen worden, ofwel door overmacht, ofwel door de exceptie van niet-uitvoering.

Om vier redenen is dit cassatiearrest onhoudbaar, waarvan het Hof van Cassatie er destijds drie kon kennen.

Om te beginnen vindt het onderscheid dat het Hof maakt tussen enerzijds de rechtspositie van de staking en anderzijds die van de lock-out geen enkele steun, noch in de tekst van de Wet Prestaties Algemeen Belang 1948, noch in de parlementaire wetsgeschiedenis, waarin de staking en de lock-out op voet van gelijkheid worden geplaatst.⁴⁹

Ten tweede gaat Marc RIGAUX er in zijn analyse van het arrest terecht van uit dat de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* het bestaan van een contractuele fout vereist, en zelfs een vrij ernstige.⁵⁰ Welnu dit betekent dat, zoals beslist in het cassatiearrest van 21 december 1981, de deelname aan een staking geen contractuele fout uitmaakt en de werkgever zich bij staking niet kan beroepen op het recht op lock-out waardoor het stakingsrecht goeddeels wordt uitgehold en in contradictie vervalt met de principes van het arrest van 21 december 1981.

Ten derde bekritiseert Marc RIGAUX geheel terecht de door het Hof van Cassatie aan de orde gestelde overmachtseis. De zienswijze van het Hof dat de werkgever mag overgaan tot uitsluiting heeft geen enkele zin, omdat bij overmacht de uitvoering van de arbeidsovereenkomst in ieder geval onmogelijk is, en dit ten gevolge van het overmachtsfenomeen. Met deze uitspraak illustreert het Hof van Cassatie dat het niet veel kaas gegeten had van het collectieve conflictenrecht, omdat de lock-out gekenmerkt wordt als een planmatig opzettelijk dwangmiddel van één of meer werkgevers waardoor werknemers verhinderd worden hun arbeid te verrichten.⁵¹ Wanneer de onderneming van de werkgever totaal afbrandt, is

⁴⁸ Cass. 7 mei 1984, *Arr.Cass.* 1983-1984, 1161, *RCJB* 1986, 455, noot M. RIGAUX, "Le lock-out: une cause de suspension légale ou une interruption fautive de l'exécution du contrat de travail?".

⁴⁹ Zie de verwijzingen in voetnoot 36 en 37, *Adde Parl.St.* Senaat 1947-48, nr. 440.

⁵⁰ M. RIGAUX, "Le lock-out: une cause de suspension légale ou une interruption fautive de l'exécution du contrat de travail?" (noot onder Cass. 7 mei 1984), *RCJB* 1986, 483; zie in dezelfde zin Cass. 8 september 1995, *Arr.Cass.* 1995, nr. 372; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek Burgerlijk Recht, III*, Antwerpen Intersentia, 2007, nr. 184.

⁵¹ Zie H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Mechelen, Kluwer 1995, nr. 330; X, *Benelux sociaal rechtelijk woordenboek*, Brussel, Benelux, 1977, v° uitsluiting; G. SCHAUB, *Arbeitsrecht*

er voor de werkgever nog weinig ruimte om een planmatige dwangbeslissing te nemen.

De vierde kritiek is een zwakke kritiek, omdat destijds het Europees Sociaal Handvest, opgemaakt te Turijn op 18 oktober 1961, nog niet door België geratificeerd was. Het Europees Sociaal Handvest erkent in het raam van het recht op collectieve onderhandelingen zowel het recht op staking als het recht van de werkgever op uitsluiting.⁵² Artikel 6, lid 4 ESH verwijst immers ook naar het recht van werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen. Het ESH maakt geen onderscheid tussen enerzijds het stakingsrecht en anderzijds het recht op lock-out. Het ESH houdt in ieder geval niet de vereisten van de exceptie van niet-uitvoering of van overmacht in met betrekking tot de rechtmatigheid van de uitsluiting. In België wordt meestal rechtstreekse werking toegekend aan artikel 6, lid 4 ESH.⁵³ In die hypothese moet de uitlegging die het Hof van Cassatie in 1984 heeft gegeven aan het recht op uitsluiting wijken voor de hiërarchisch hogere bepalingen van artikel 6, lid 4 van het ESH.

VI. NAAR EEN TERUGKEER VAN HET ONDERSCHIED TUSSEN GEOORLOOFDE EN ONGEOORLOOFDE COLLECTIEVE ACTIES: POLITIEKE STAKINGEN

14. Uit de vorige analyse kan worden onthouden dat de Wet Prestaties Algemeen Belang 1948 een te vage grondslag is om de contouren en begrenzings van het stakingsrecht vast te leggen. Deze wet biedt geen steun voor de opvatting dat om het even welke staking toelaatbaar zou zijn. Uit de wetsgeschiedenis van de Wet Prestaties Algemeen Belang 1948 blijkt geenszins dat de wetgever beoogde een onbeperkt stakings- of uitsluitingsrecht te legitimeren. De contouren of de aflijning van het stakingsrecht en het recht op collectieve actie dienen te worden

von A-Z, München, Beck, 1988, v^o *Aussperrung*; I. ASSCHER-VONK, W. FASE en H. BAKELS, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 260.

⁵² *Conclusions ECSR*, I, 1969-70, 38-39; R. BELZER en H. HOOGVEEN, "Staking" in C.J. LOONSTRA en W.A. ZONDAG (eds.), *Sdu – Commentaar arbeidsrecht II*, Den Haag, Sdu-Uitgevers, 2009, 1054; P. HUMBLET, "Een vergeten actiemiddel. De uitsluiting ofte lock-out" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 337.

⁵³ RvS 6 november 2012, nr. 221.273, *Soc.Kron.* 2014, 44; P. GOSSERIES, "Confrontation des droits de propriété et d'entreprise au droit de travail y compris de grève" in P. GOSSERIES en M. MORSA, *L'humanisme juridique*, Brussel, Larcier, 2013, 53; M. RIGAUX en J. PEETERS, "De werkstaking in het Belgisch arbeidsrecht" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 70 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 56; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, nr. 272; J. JACQMAIN, "Que la grève est jolie", *Soc.Kron.* 1996, 442; M. DE VOS, noot onder RvS nr. 113.168 van 3 december 2002, *NjW* 2003, 779; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2012-2013*, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 3360.

vastgelegd aan de hand van artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest van 3 mei 1996. Vooreerst dient er op te worden gewezen dat het recht op collectief optreden in het ESH erkend wordt als een doelgebonden recht in het raam van het waarborgen van het recht op collectief onderhandelen. Ook in de publieke sector onderhandelt de overheid over de arbeidsvoorwaarden van haar personeel, al monden deze onderhandelingen niet uit in een juridisch bindende collectieve arbeidsovereenkomst in de zin van de CAO-wet van 1968. Terecht schrijft CUYPERS dat ook in de publieke sector het stakingsrecht de noodzakelijke aanvulling is van het onderhandelingsrecht.⁵⁴ Het ESH impliceert dat zuiver politieke stakingen niet zijn beschermd door het ESH.⁵⁵ Zo oordeelde het Europees Comité voor Sociale Rechten reeds dat politieke stakingen buiten het toepassingsgebied van artikel 6, lid 4 van het ESH vallen.⁵⁶

Aldus besliste de Raad van State terecht dat stakingen die niet gericht zijn op collectieve onderhandelingen niet onder de bescherming van artikel 6, lid 4 ESH vallen. *In casu* betrof het een werkonderbreking van een onderwijskracht omwille van de solidariteit met een protestactie waartoe studenten van het hoger onderwijs in een instelling van de stad Bergen het initiatief hadden genomen.⁵⁷

Een andere analyse dringt zich op in de talrijke gevallen van deze tijd waarin de overheid zich inmengt in de arbeidsvoorwaarden van werknemers en ambtenaren. Stakingen gericht tegen het overheidsbeleid vallen volgens gezaghebbende rechtsleer en rechtspraak wel binnen de reikwijdte van artikel 6 ESH, indien de collectieve acties zich richten tegen een overheidsbeleid op het onderdeel van de arbeidsvoorwaarden die het voorwerp kunnen uitmaken van collectieve onderhandelingen.⁵⁸ Voorbeelden van dergelijke ‘gemengde’ stakingen zijn stakin-

⁵⁴ D. CUYPERS, “Werknemers- en ambtenarenstatuut. Is het onderscheid nog relevant?” in X, *Publiekrecht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, 145.

⁵⁵ B. LOMBAERT, “La grève des fonctionnaires ou la lente émergence d’un droit fondamental” in X, *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel, Bruylant, 2000, 535; F. GRAPPERHAUS, “Europees sociaal handvest” in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 660; G. COX, “Beperkingen aan het recht op collectieve acties” in P. HUMBLET en G. COX (ed.), *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 123.

⁵⁶ *Conclusions*, II, 1971, Council of Europe Press, 1995, 27, zie ook P. HUMBLET en R. JANVIER, “De beperking van staking in de publieke sector” in M. RIGAUX en F. DORSSEMONT (eds.), *Vitale behoeften, essentiële diensten, minimumprestaties en stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003. *Digest of Decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Genève, ILO, 5e ed. 2006, nr. 528; L. TILSTRA, *Grenzen aan het stakingsrecht: het Nederlandse rechtsoordeel over collectieve actie van werknemers getoetst aan het Europees Sociaal Handvest*, Deventer, Kluwer, 1994, 189.

⁵⁷ RvS nr. 58415, 28 februari 1996, *Soudans*.

⁵⁸ Hoge Raad, 30 mei 1986, NJ 1986/688; F. GRAPPERHAUS, “Europees sociaal handvest” in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 660; T. JASPERS, “Het vitale belang van het recht op collectieve acties” in M. RIGAUX en F. DORSSEMONT (eds.), *Vitale behoeften, essentiële diensten, minimumprestaties en stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 38 en 39; P. HUMBLET, “Een kwarteeuw staking en lock-out” in X, *Gandiaus Post-universitaire cyclus W. Delva. Sociaal recht en fiscaal recht: Elck wat wils*, Mechelen, Kluwer, 2013, 485.

gen tegen overheidsbeslissingen inzake een indexsprong, de verhoging van de minimumleeftijd van de werkloosheid met bedrijfstoelage, de afschaffing van fiscale gunstregimes voor door de werkgever verstrekte bedrijfswagens, enzo voort. De Hoge Raad te Nederland heeft ter zake een zeer oordeelkundig arrest gevelde. Bij dergelijke stakingen die gericht zijn tegen het overheidsbeleid maar waarbij de gevolgen zich keren tegen werkgevers zoals de NMBS, De Lijn, of bpost, is het logische verweer van deze publiekrechtelijke werkgevers dat zij aan het collectieve conflict niet kunnen verhelpen door oplossingen voor te stellen in de onderhandelingen met de stakers, omdat hun staking niet gericht is tegen de publiekrechtelijke werkgever maar tegen de overheid. Ter zake moet worden stilgestaan bij artikel G van het ESH. Artikel G van het ESH houdt in dat het recht op collectief optreden in artikel 6 ESH buiten de in dat artikel vermelde gevallen geen enkele andere beperking mag ondergaan “met uitzondering van die welke bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden”. De Hoge Raad besliste in het befaamde Nederlandse Spoorweganarrest van 1986 dat een redelijke uitlegging van artikel 6 en artikel G van het ESH met zich brengt dat private of publieke werkgevers die getroffen worden door de schadelijke gevolgen van een stakingsactie of collectieve actie die zich qua gevolgen tegen hen keert, maar die gericht is tegen de overheid die ingrijpt in de arbeidsvoorwaarden, sneller beschouwd kunnen worden als een andere of derde in de zin van artikel G, zodat verdergaande beperkingen van het stakingsrecht mogelijk worden.⁵⁹ Deze beperkingen moeten wel zijn opgenomen in een formele wet. Maar de verdragsrechtelijke omschrijving van beperkingen die bij wet zijn voorgeschreven heeft, zoals in de beperkingssystematiek van het EVRM, ook de betekenis van voldoende duidelijke en coherente rechtspraak.⁶⁰

VII. SOLIDARITEITSACTIES

15. De sympathiestaking vormt een ander geval van bescherming van de rechten van anderen. Hoewel de positie van de solidariteitsacties of sympathiestakingen niet altijd duidelijk is, mag men ervan uitgaan dat collectieve acties uit solidariteit in beginsel onder artikel 6, lid 4 van het ESH kunnen worden gebracht⁶¹, evenals onder de vakbondsvrijheid bedoeld in artikel 11 EVRM.⁶² Wat de beperkingen van het stakingsrecht afgeleid uit de vakbondsvrijheid betreft, velde het EHRM recent een belangrijk arrest. Het arrest betrof de verenigbaarheid van het verbod

⁵⁹ Hoge Raad 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

⁶⁰ T. JASPERS, o.c., 45.

⁶¹ *Conclusions ECSR*, 1971, X-1, 76; T. JASPERS, o.c., 40.

⁶² EHRM 8 april 2014, nr. 31045/10, *Jurisprudentie Arbeidsrecht (JAR)*, 2014/128.

op solidariteitsstakingen ('*secondary action*') in de Engelse wet⁶³ met het stakingsrecht gesteund op de vakbondsvrijheid. Het Hof oordeelde dat de verdragsstaten ter zake beschikken over een ruime eigen beoordelingsvrijheid om te oordelen dat een bepaalde vorm van collectieve actie, *in casu* de solidariteitsactie, in strijd is met de fundamentele rechten van derden.⁶⁴ Sympathiestakingen verschillen van de gemengde professioneel-politieke stakingen, dit wil zeggen professionele stakingen met een politieke tint; immers, diegene tegen wie de solidariteitsstaking zich richt niet de overheid is, maar in de regel een private onderneming, terwijl de gevolgen zich keren tegen een andere, meestal private onderneming. Het gemeenschappelijke kenmerk zit in het feit dat bij de beide types van staking de gevolgen zich keren tegen personen die in zekere zin derden zijn.

Naar analogie met de gemengde politieke staking brengt mijns inziens, zoals de Hoge Raad recent deed in een eerste baanbrekend arrest over de sympathiestakingen, een redelijke interpretatie van artikel 6, lid 4 ESH met zich mee dat ook de in een solidariteitsactie bestaakte werkgever in zekere zin moet worden beschouwd als een andere, zodat, analoog met de rechtsregel in het Nederlandse Spoorwegenarrest, deze sneller beschouwd kan worden als een andere of derde in de zin van artikel G, zodat verdergaande beperkingen van het stakingsrecht mogelijk worden.⁶⁵ Ook de bestaakte werkgever heeft niets te onderhandelen of toe te geven ten aanzien van het collectieve conflict bij een andere werkgever.

In de Belgische rechtsorde heeft de rechtspraak zich tot dusverre weinig uitgelaten over (beperkingen van) sympathiestakingen. De Nederlandse Hoge Raad deed dat wel. De solidariteitsactie valt onder de bescherming van artikel 6 ESH wanneer die collectieve actie redelijkerwijze kan bijdragen tot de doeltreffendheid van de collectieve actie gericht tegen de andere werkgever.^{66, 67}

VIII. BELANGENGESCHILLEN EN BEPERKINGEN KRACHTENS CAO

16. Uit de bewoordingen en de finaliteit van artikel 6, lid 4 ESH volgt dat het recht op collectieve actie aan de werknemers wordt toegekend in geval van belan-

⁶³ Sections 224 & 244 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act.

⁶⁴ Art. 11, lid 2 EVRM: "De uitoefening van de rechten (vrijheid van vergadering en vereniging) kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die welke bij wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde, en het voorkomen van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."; EHRM 8 april 2014, nr. 31045/10, JAR 2014/128.

⁶⁵ HR 31 okt. 2014, *Enerco*, JAR 2014/298, ov. 3.8.1.

⁶⁶ HR 31 okt. 2014, *Enerco*, JAR 2014/298: kan de solidariteitsactie bij Enerco, tegen wie de gevolgen zich keren, Enerco prikkelen druk uit te oefenen op werkgever Rietvelden tegen wie de collectieve actie is gericht?

⁶⁷ Ook in Duitsland zijn sympathiestakingen onder voorwaarden toegelaten: BAG 19 juni 2007, *Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht* (NZA) 2007, 1055.

gengeschillen. Hieruit mag men afleiden dat de bescherming van het ESH niet speelt bij rechtsgeschillen.⁶⁸ In die gevallen waar het de rechter is die het geschil beslecht, beschermt het ESH het recht op collectieve actie niet.⁶⁹

17. Uit de bewoordingen “behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten arbeidsovereenkomsten”⁷⁰ blijkt dat de CAO-partijen zelf het fundamentele recht op collectieve actie vrijwillig kunnen inperken. Deze beperkingen voortvloeiend uit collectieve arbeidsovereenkomsten zijn niet gelimiteerd tot de obligatoire vredesplicht in een CAO. Naar Belgisch recht zijn het de werknemers die titularis zijn van het stakingsrecht. Obligatoire bepalingen die alleen verbintenissen creëren voor de CAO-partijen, beperken dus niet het stakingsrecht van werknemers, tenzij onrechtstreeks via de ondertekenende representatieve vakbond.

De beperkingen van het stakingsrecht kunnen ook vervat zijn in de collectief normatieve bepalingen van een CAO, zoals de regels inzake de aanzegging en verzoeningsprocedures. De beperking van het stakingsrecht kan ook voorkomen in individueel normatieve bepalingen, bijvoorbeeld inzake diezelfde aanzeggingsverplichting of inzake het doorlopen van een voorafgaande verplichte verzoeningsprocedure. Over de vraag hoever de CAO-bepalingen het recht op collectieve actie mogen beperken is weinig onderzoek verricht. Wellicht zijn CAO-beperkingen die dermate ver gaan dat het recht op collectieve actie, zijnde een fundamenteel recht, volledig ongedaan wordt gemaakt, in beginsel strijdig met artikel 6, lid 4 van het ESH.

IX. DE OPEN NOTIE VAN HET ‘RECHT OP COLLECTIEF OPTREDEN’

18. Een groot probleem bij de juiste interpretatie van artikel 6, lid 4 ESH is de notie ‘collectief optreden’. De openheid van het begrip zou in een *ex absurdo*-redenering kunnen impliceren dat elke collectieve actie in het raam van een collectief arbeidsvoorwaardengeschil automatisch geoorloofd is, omdat het gaat om collectief optreden. Dergelijke opvatting is kennelijk onjuist. De verdragsstaten die het ESH ondertekenden wilden in wezen de staking en lock-out erkennen en niet om het even welke collectieve actie.⁷¹ Collectieve conflicten kunnen ook in het raam van een belangenconflict leiden tot het onklaar maken van auto’s, het organiseren van denigrerende of lasterlijke perscampagnes, het mishandelen

⁶⁸ F. GRAPPERHAUS, “Europees sociaal handvest” in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 659.

⁶⁹ G. COX, *o.c.*, 123.

⁷⁰ Art. 6, lid 4 ESH.

⁷¹ L. SCHUT, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag, Sdu, 1996, 43-44, met verwijzing naar de *Travaux Préparatoires*.

van werkwilligen of het gijzelen van directieleden. Dergelijke vormen van collectieve actie vallen volgens de heersende leer niet onder de bescherming van artikel 6, lid 4 ESH.⁷² Zoals we reeds hebben opgemerkt, is het zelfs niet de bedoeling geweest van het Europees Sociaal Handvest om eender welke vorm van staking of uitsluiting te legitimeren. In wezen wordt de collectieve actie maar beschermd door artikel 6, lid 4 voor zover de collectieve actie kan rekenen op maatschappelijke aanvaarding in het sociale verkeer tussen werkgevers en werknemers in geval van conflict over arbeidsvoorwaarden.⁷³

Zo mag worden gesteld dat de heersende interpretatie van het Europees Sociaal Handvest niet het recht op de bedrijfsbezetting omvat.⁷⁴ Zo besliste de Hoge Raad in het *Elka*-arrest dat valt aan te nemen dat men bij de redactie van artikel 6, lid 4 is uitgegaan van de algehele zich tegen de werkgever richtende werkstaking, terwijl de bedrijfsbezetting zo ver af ligt van het normale type van collectieve actie van de werknemers, dat bij gebrek aan duidelijke aanwijzingen voor het tegendeel, niet valt aan te nemen dat de verdragsstaten bij artikel 6, lid 4 ESH voor ogen heeft gestaan de bedrijfsbezetting principieel onder de bescherming van dit artikel 6, lid 4 te laten vallen.⁷⁵ Maar er is meer dan dat. In de ons omringende landen wordt de bedrijfsbezetting algemeen als onrechtmatig geacht, zij het soms met nuances.⁷⁶ Maar het blijft natuurlijk zo dat de notie 'collectief optreden' een open begrip is, waarvan de inhoud niet beperkt kan worden tot de staking en de uitsluiting. Zo kunnen vreedzame stakingsposten worden beschouwd als een onderdeel van de uitoefening van het stakingsrecht, dan wel als een vorm van collectief optreden in de zin van artikel 6, lid 4 ESH.⁷⁷ Op analoge wijze kunnen bijvoorbeeld stiptheids- en langzaamaanacties worden beschouwd als een vorm van staking⁷⁸, dan wel als een vorm van collectief optreden beschermd door artikel 6, lid 4.⁷⁹

⁷² Zie Adv. Gen. KOOPMANS, bij HR 19 april 1991, NJ 1991, 690.

⁷³ Zie opnieuw de uitmuntende conclusie van Adv. Gen. KOOPMANS bij HR 19 april 1991, NJ 1991, 690.

⁷⁴ Zie W. RAUWS, "De bedrijfsbezetting" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 293 e.v.

⁷⁵ HR 19 april 1991, NJ 1991, 690.

⁷⁶ Zie W. RAUWS, "De bedrijfsbezetting" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 307 tot 309, met verwijzingen naar de Duitse, Franse, Nederlandse en Engelse rechtspraak.

⁷⁷ P. HUMBLET "Een kwarteeuw stakingsrecht" in X, *Gandius Post-universitaire cyclus W. Delva. Sociaal recht en fiscaal recht: Elck wat wils*, Mechelen, Kluwer, 2013, 499; ECSR 16 september 2011, zie ook G. JOOSTEN en B. CROIMANS, "Recente ontwikkelingen in het stakingsrecht in Belgisch en Europees perspectief" in X, *Recht in beweging – 22ste VRG Alumnidag 2015, Anwerpen*, Maklu, 2015, 162-183.

⁷⁸ Aldus terecht H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Mechelen, Kluwer, 1995, 494.

⁷⁹ K. SALOMEZ, "Het grondrecht op collectieve actie" in M. RIGAUX en G. COX (eds.), *De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 84 en 90, G. COX, o.c., 130; HR 30 mei 1986, NJ 1986, 690; Cass. (fr.) (soc.) 18 januari 1995, *Droit social* 1995, 183.

X. COLLECTIEVE ACTIE EN STRAFBARE GEDRAGINGEN

19. Een zorgvuldige analyse van de rechtspraak levert in enkele gevallen verrassende conclusies op. Artikel 406 Sw. bestraft kwaadwillige blokkades van de weg, de spoorweg, de binnenwateren of de zee. De casus beslecht in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 28 oktober 2004 betrof de opzettelijke blokkade door actievoerders op de autosnelweg E313 te Tessenderlo richting Antwerpen door het doorgaand verkeer te blokkeren met stilstaande wagens en in groep met vlaggen van de vakbond in de hand pamfletten uit de delen aan de bestuurders van aankomende wagens.⁸⁰ De collectieve actie was vooraf aangekondigd en er was met de bevoegde autoriteiten onderhandeld over de modaliteiten. Een tragisch aspect was dat tijdens de collectieve actie zich ook een dodelijk ongeval heeft voorgedaan. Interessant is de overweging van het hof dat artikel 406 Sw. niet zo gelezen kan worden dat het een beperking beoogt van het fundamentele recht op staking en vakbondsvrijheid zoals verankerd in het EVRM. Het hof concludeert dat de vakbondsactie verkeershinder met zich bracht, maar dat niet blijkt dat het om een kwaadwillige belemmering van het verkeer ging, noch dat de fundamentele rechten van het individu op grensoverschrijdende wijze werden uitgeoefend.⁸¹ Het hof had een analoge toetsing kunnen maken aan het recht op collectieve actie vervat in artikel 6, lid 4 ESH en al zeker indien men aanneemt dat artikel 6, lid 4 *self-executing* is. Het hof suggereert eigenlijk dat gedragingen die op zich eventueel strafrechtelijk vervolgd kunnen worden, hun strafbare karakter verliezen, in het licht van het sociale grondrecht op collectieve actie in artikel 11 EVRM en artikel 6, lid 4 ESH.

20. Bij bedrijfsbezetting in de zin van de feitelijke gezagsovername door de actievoerders in de onderneming⁸², kan er niet alleen sprake zijn van onrechtmatig handelen vanuit artikel 6, lid 4 ESH, maar ook van een strafbare gedraging ingevolge artikel 439 Sw. en artikel 138 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht (SR).

In een recente zaak van collectieve actie van het schoonmakend personeel op de luchthaven van Schiphol werd een vakbondsafgevaardigde strafrechtelijk vervolgd nadat hij in 2009 was langsgegaan bij diverse bedrijven van dewelke werknemers aan een staking deelnamen met als doel het standpunt van de stakers ten overstaan van de directie kenbaar te maken. Om die reden werd onder meer een bezoek gebracht aan het hoofdkantoor van de onderneming Asito, waarbij een groep van 200 stakers het gebouw onder aanvoering van de beklagde

⁸⁰ Antwerpen 28 oktober 2004, RW 2006-07, 924, noot.

⁸¹ Zie ook J. PEETERS, "Wegblokkades: grondrechten en de strafwet: een merkwaardige en delicate triade", *Soc.Kron.* 2006, 372-373.

⁸² W. RAUWS, "De bedrijfsbezetting", o.c., 292; concl. Adv. Gen. KOOPMANS bij HR 19 april 1991, NJ 1991, 690.

afgevaardigde is binnengegaan, voorbij de beveiliging, waarna de vakbondsleider en de stakers het kantoor zijn binnengegaan tegen de wil in van de aanwezige leidinggevende. De actievoerders hebben zich verspreid in de bedrijfsruimtes van Asito, waarbij enige animositeit is ontstaan tussen de stakers en het bij Asito aanwezige personeel. De aanwezige actievoerders weigerden het pand te verlaten en vervolgens heeft de leidinggevende contact opgenomen met de Koninklijke Marechaussee. Nadat duidelijk was geworden dat de directie van Asito niet naar het kantoor zou komen, hebben de actievoerders getrommeld en gezongen, waarna is begonnen met het vertrek, korte tijd voor de aankomst van de politieagenten van de Koninklijke Marechaussee. *In casu* heeft de collectieve actie geen materiële schade veroorzaakt en is ze niet gepaard gegaan met andere strafbare feiten dan de beweerde miskenning van de lokaalvredebreuk. Men zou dit kunnen beschouwen als een lichte en kortstondige vorm van bedrijfsbezetting.⁸³ De appelrechter had de FNV-actievoerder strafrechtelijk vrijgesproken voor de tenlastelegging van de lokaalvredebreuk, maar het Openbaar Ministerie tekende cassatieberoep aan. De Hoge Raad oordeelt mee met de appelrechter dat er een geringe inbreuk is geweest op het verbod van lokaalvredebreuk in artikel 138 Sr, maar dat het grote gewicht van het recht op collectief optreden de appelrechter toelaat de gedragingen van de beklaagde niet strafrechtelijk te veroordelen.⁸⁴

Uit deze beperkte analyse volgt dat de vaagheid van het recht op collectief optreden er in uitzonderlijke gevallen zelfs toe kan leiden dat handelingen die op zich strafbaar zijn, bijvoorbeeld een korte gijzeling⁸⁵, hun strafbaarheid kunnen verliezen wanneer ze in het raam van een collectief geschil bedoeld in artikel 6 ESH werden gesteld. Voor een goed begrip nog het volgende. Uit deze rechtspraak volgt geenszins dat in het algemeen misdrijven hun strafbare karakter verliezen wanneer ze in het raam van een collectieve actie worden gesteld. Ook misdrijven tegen de specifieke stakingswetgeving, zoals de Wet Prestaties Algemeen Belang⁸⁶ of de Wet op het politieambt van 7 december 1998⁸⁷, blijven in beginsel strafbaar.

⁸³ P. MEVIS, noot onder HR 23 april 2013, *NJ* 2013/576.

⁸⁴ “4.4. Het Hof heeft overwogen dat de onderhavige actie van korte duur is geweest, dat daarbij slechts een geringe inbreuk is gemaakt op de rechten van Asito en de in het kantoor werkzame werknemers, dat niet is gebleken dat door deze actie enige schade is ontstaan of dat de actie gepaard is gegaan met (andere) strafbare feiten of wanordelijkheden, en dat de verdachte en de stakers de actie uit zichzelf hebben beëindigd. Daarin ligt als ’s Hofs oordeel besloten dat weliswaar inbreuk is gemaakt op het in art. 138 Sr beschermde recht van Asito, maar dat die inbreuk slechts beperkt – en daarmee niet van het voor toepassing van art. 6 ESH vereiste gewicht – is geweest en dat mede gelet daarop de in de tenlastelegging omschreven gedragingen werden gerechtvaardigd door het in art. 6, aanhef en lid 4, ESH neergelegde recht op collectief optreden. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd”.

⁸⁵ Art. 347bis Sw.

⁸⁶ Art 207 en 208 Soc.Sw.

⁸⁷ Art. 126, § 3 Wet Politieambt 7 december 1998.

XI. BEPERKINGEN VAN HET RECHT OP COLLECTIEVE ACTIE OVEREENKOMSTIG ARTIKEL G VAN HET HERZIENE EUROPEES SOCIAAL HANDVEST VOORGESCHREVEN ‘BIJ WET’

21. Overeenkomstig artikel G van het Herziene ESH kunnen de grondrechten buiten de in deel I en deel II vermelde gevallen geen beperkingen ondergaan met uitzonderingen van die welke bij wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de openbare orde, de goede zeden, de nationale veiligheid en de volksgezondheid. De opsomming van de beperkingen is limitatief.⁸⁸

Het begrip ‘voorgeschreven bij wet’ moet niet per se worden bekeken in de formele betekenis van het begrip ‘wet’ maar omvat ook voldoende duidelijke rechtspraak die bepaalde beperkingen aan het stakingsrecht mogelijk maakt.⁸⁹ In dit verband kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de gekende rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaken *Viking*⁹⁰ en *Laval*⁹¹, waarbij het Hof potentiële beperkingen aanbrengt door grensoverschrijdende collectieve acties te onderwerpen aan een proportionaliteitstest waarbij het stakingsrecht wordt getoetst aan het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Deze rechtspraak kan worden uitgebreid tot de andere economische vrijheden van de EU, met name het vrije verkeer van goederen en het vrije verkeer van werknemers.

De arresten *Viking* en *Laval* bieden de gelegenheid om de wijd en zijd verspreide kritiek op deze arresten te nuanceren. In de arresten *Viking* en *Laval* erkende het Hof van Justitie het recht om collectieve acties te voeren, met inbegrip van het stakingsrecht, als een grondrecht.⁹² Daarvoor baseerde het Hof zich enerzijds op de erkenning van het recht om collectieve acties te voeren in tal van internationale instrumenten waartoe de EU-lidstaten zijn toegetreden, zoals het Europees Sociaal Handvest en IAO-verdrag nr. 87. Anderzijds verwees het Hof van Justitie ook naar een aantal EU-instrumenten waarin het stakingsrecht uitdrukkelijk wordt erkend, met name het Gemeenschapshandvest van de sociale

⁸⁸ F. GRAPPERHAUS, “Europees sociaal handvest” in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 664.

⁸⁹ HR 30 mei 1986, NJ 1986/668, ov. 3.1; ECSR Conclusions I, 38; G. COX, “Beperkingen aan het recht op collectieve acties” in P. HUMBLET en G. COX (ed.), *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 125; L. SCHUT, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag, Sdu, 1996, 173.

⁹⁰ HvJ 11 december 2007, C-438/05, *International Transport Workers’ Federation en Finnish Seamen’s Union/Viking Line ABP en OÜ Viking Line Eesti*, hierna: HvJ *Viking*.

⁹¹ HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (...), hierna: HvJ *Laval*.

⁹² HvJ *Viking*, ov. 44 en HvJ *Laval*, ov. 91.

grondrechten van de werkenden en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Het Hof van Justitie heeft een evenwichtig oordeel geveld. Het Hof herinnert eraan dat het EG-verdrag immers meer is dan louter de interne markt met de vier fundamentele vrijheden, maar volgens de artikelen 3 EU-verdrag en 9 VWEU ook een beleid op sociaal gebied omvat en een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming nastreeft. Het Hof oordeelde dat bij een conflict tussen beide belangen de internemarktbepalingen niet automatisch primeren op de sociale doelstellingen, maar naar een evenwicht tussen beide doelstellingen moet worden gezocht door de vier vrijheden af te wegen tegen de doelen van de sociale politiek.⁹³ Het Hof van Justitie erkende ook dat het recht om collectieve acties te voeren met het oog op de bescherming van werknemers een legitiem doel beoogt en een dwingende reden van openbaar belang vormt die in beginsel een beperking van een door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen.⁹⁴ Redenerend in een balansmodel moet het Hof dan nagaan of de collectieve acties geschikt zijn om het beoogde doel, namelijk de bescherming van werknemers (legitimiteit en pertinentie van het oogmerk), te verwezenlijken en niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is (proportionaliteit).⁹⁵

Anders dan vele auteurs aannemen⁹⁶, heeft het Hof van Justitie in voormelde arresten geenszins een principiële voorrang willen geven aan de economische vrijheden in hun relatie tot het recht op collectieve actie⁹⁷, zoals onder meer blijkt uit de arresten van het Hof van Justitie *Schmidberger*⁹⁸ en *Omega*.⁹⁹ In de zaak *Schmidberger* heeft het Hof het grondrecht van de vrijheid van vergadering en meningsuiting na afweging laten primeren op het vrije verkeer van goederen.¹⁰⁰ En in de zaak *Omega* inzake de belemmering van het vrije verkeer van goederen

⁹³ HvJ *Viking*, ov. 79 en HvJ *Laval*, ov. 105.

⁹⁴ HvJ *Viking*, ov. 77 en HvJ *Laval*, ov. 101.

⁹⁵ HvJ *Viking*, ov. 75 en HvJ *Laval*, ov. 101.

⁹⁶ Bv. F. DORSSEMONT en T. JASPERS, "Collectieve actie en vrij verkeer. Eindigen grondrechten waar fundamentele vrijheden beginnen?", *NjW* 2007, 2-14; F. GRAPPERHAUS, "Europees sociaal handvest" in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 666.

⁹⁷ Zie de gezaghebbende interpretatie van de voorzitter van de Grote Kamer van het Hof van Justitie die de arresten *Viking* en *Laval* velde: V. SKOURIS "Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten", *Recht der Arbeit, RdA-Beil.*, 2009, 25; S. PRECHAL en S. DE VRIES, "Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht", *SEW* 2008, 434-435. Ook PRECHAL is rechter van het Hof van Justitie. PRECHAL en DE VRIES wijzen erop dat een conflict tussen grondrechten en fundamentele vrijheden kan worden vertaald als een conflict tussen twee grondrechten en dat de rechten die de particulieren uit de fundamentele vrijheden van de interne markt ontleen ook als fundamentele rechten kunnen worden opgevat. Zie desbetreffend L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 114.

⁹⁸ HvJ 12 juni 2003, C-112/00 *Schmidberger*.

⁹⁹ HvJ 14 oktober 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen*, NJ 2005, 295; A. VAN HOEK, "Openbare orde, dwingende redenen van algemeen belang en bijzonder dwingend recht" in H. VERSCHUEREN en M. HOUWERZIJL, *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen*, Deventer, Kluwer, 2009, 65.

¹⁰⁰ L. DE MEYER, *Proportioneel arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 104-107; M. FUCHS en F. MARHOLD, *Europäisches Arbeitsrecht*, Wenen, Springer, 2010, 384 en 385.

en diensten inzake laserpistolen vermocht het grondrecht van de menselijke waardigheid de vermelde fundamentele economische vrijheden beperken.

22. De ontstentenis van een *a priori*-voorrang van de economische EU-vrijheden op de sociale grondrechten blijkt ook uit het ontwerp van de Monti II-verordening, die nooit een verordening is geworden maar wel beoogde de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de verhouding tussen het recht op collectieve actie als onderdeel van de algemeen beginselen van het Gemeenschapsrecht¹⁰¹ in relatie tot de economische vrijheden van de Europese Unie weer te geven en te bestendigen.¹⁰² Het ontwerp bevat geen principiële voorrang van de economische vrijheden maar een per geval door te voeren proportionaliteitstest tussen het grondrecht op collectieve actie enerzijds en de beperkingen van het vrije verkeer anderzijds. Op analoge wijze dient bij de uitoefening van de economische vrijheden ook het grondrecht om collectieve actie te voeren te worden geëerbiedigd.¹⁰³

Doordat het Hof van Justitie de geschetste beperkingen van het recht op collectief optreden in zijn coherente rechtspraak afleidt uit het VWEU, beantwoorden de beperkingen afgeleid uit het vrije verkeer ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen aan de eisen van artikel G van het ESH.¹⁰⁴ In die lijn bepaalt artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat de werkgevers en werknemers of hun respectieve organisaties, overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken, het recht hebben om op de passende niveaus collectief te onderhandelen en collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten en om, in geval van belangenconflicten, collectieve acties te ondernemen ter verdediging van hun belangen, met inbegrip van staking.¹⁰⁵ Het Handvest heeft echter een beperkt toepassingsgebied.¹⁰⁶ Men mag niet uit het oog verliezen dat het Handvest gericht is tot de instellingen van de Europese Unie, met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, en de lidstaten, voor zover deze laatsten het recht van de Europese Unie ten uitvoer brengen. Het Handvest creëert dus slechts voor hen verplichtingen en het Handvest is derhalve in beginsel niet rechtstreeks van toepassing tussen particulieren.¹⁰⁷

¹⁰¹ HvJ *Viking*, ov. 44.

¹⁰² L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 129-130.

¹⁰³ K. BOONSTRA, J.L.A. HELMER en M.S. HOUWERZIJL, "Kroniek van ontwikkelingen na 'Viking/Laval' in het (stakings)recht van de EU, de ILO en de Raad van Europa" in L. SPRENGERS en G. VAN DER VOET (ed.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Reeks VvA, nr. 42, Deventer, Kluwer, 326-328; G. ORLANDINI F. DORSEMONTE, "Market rules and the right to strike: a different approach" in M. RIGAUX (ed.), *From Labour Law to Social Competition Law?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 98.

¹⁰⁴ L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 118.

¹⁰⁵ P. GOSSERIES, "Confrontation des droits de propriété et d'entreprise au droit de travail y compris de grève" in P. GOSSERIES en M. MORSA, *L'humanisme juridique*, Brussel, Larcier, 2013, 53.

¹⁰⁶ Art. 51 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

¹⁰⁷ Zie P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER en A. VAN BOSSUYT, "Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde", *TPR* 2010, 534-545.

23. Het ECSR heeft bedenkingen geformuleerd bij de *Viking* en *Laval*-rechtspraak.¹⁰⁸ Het ECSR overweegt dat rechtsregels die gerelateerd zijn aan de uitoefening van de economische vrijheden en die door lidstaten ofwel direct door nationale wetgeving ofwel door EU-recht zijn vastgesteld, op zodanige wijze geïnterpreteerd moeten worden dat ze geen disproportionele beperkingen opleggen aan het uitoefenen van de rechten van werknemers zoals deze door het ESH, in nationale wetgeving, EU-recht en andere internationaal bindende standaarden worden gewaarborgd. In het bijzonder dienen nationale en EU-regels die het genieten van zulke vrijheden regelen, op zo'n wijze geïnterpreteerd en toegepast te worden dat het fundamentele belang wordt erkend van het recht van vakverenigingen en hun leden om te ijveren voor zowel de bescherming als de verbetering van “*living and working conditions*” van werkenden, alsmede om een gelijke behandeling voor werkenden te bewerkstelligen ongeacht hun nationaliteit of enige andere grond. Zodoende kan het faciliteren van het vrije verkeer van diensten en het stimuleren van de vrijheid van een werkgever of onderneming om diensten te verlenen op het territoir van andere staten, vanuit het gezichtspunt van het systeem van waarden, principes en fundamentele rechten die belichaamd zijn in het ESH, niet behandeld worden als zouden zij een grotere *a priori*-waarde hebben dan “*core labour rights*”, waaronder wordt begrepen het recht op collectieve actie.

Deze visie van het ECSR vormt dus een kritiek op de arresten voor zover de breed gedragen zienswijze juist zou zijn dat de arresten *Viking* en *Laval* een primaat van de economische fundamentele vrijheden op het sociale grondrecht op collectieve actie zouden inhouden, *quod non (supra)*. In de hier gehuldigde analyse van deze arresten houdt het advies van het ECSR geen wezenlijke kritiek in.

Het advies van het ECSR van 3 juli 2013 wijst mijns inziens op een ander structureel probleem van het ECSR. In de hypothese dat de kritiek van het ECSR op de *a priori*-voorrang van de economische vrijheden juist zou zijn (*quod non*), toont de kritiek de activistische neiging van het ECSR aan om door een interpretatie met zijn oordelen over het recht op collectieve actie zijn hand te overspelen. De oordelen van het ECSR zijn theoretisch ‘gezaghebbend’¹⁰⁹, maar in werkelijkheid niet-bindende adviezen.¹¹⁰ Het ECSR is trouwens niet de instantie die finaal de overtredende verdragsstaten op de vingers kan – maar niet moet – tikken via een aanbeveling.¹¹¹ Dat is een bevoegdheid van het Comité van ministers van Buitenlandse Zaken van de verdragsstaten bij de Raad van Europa.

¹⁰⁸ European Committee of Social Rights 3 juli 2013, No. 85/2012 (*Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*).

¹⁰⁹ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 668, ov. 3.2; L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 21.

¹¹⁰ Y. DONDEERS, “Europa’s voorvechter van economische en sociale rechten. Het Europees Comité voor Sociale Rechten”, *Ars Aequi* 2014, 253-261; L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 117.

¹¹¹ L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 17.

Een adviserende conclusie van het ECSR moet voorrang verlenen aan de uitlegging die het Hof van Justitie in zijn voor de EU-staten bindende rechtspraak geeft. Zich niet schikken naar de bindende uitleg van het Hof van Justitie is natuurlijk het volste recht van het ECSR, maar vergroot mijns inziens het gezag van de oordelen van het ECSR niet.¹¹²

XII. DE ZWAKTE VAN HET TOEZICHTMECHANISME BIJ HET ESH

24. Dit is niet alles. Een vollediger overzicht van het toezichtmechanisme op het ESH ondergraaft nog om een andere reden het gezag van de adviezen van het ECSR. Een onderzoek leidt tot de vaststelling dat het ECSR en het Regeringscomité dat de beslissingen van het Comité van Ministers voorbereidt, in het verleden vaak van mening verschilden over de interpretatie van het ESH. Daar de werkzaamheden van het Comité van Ministers worden voorbereid door het Regeringscomité, tasten die meningsverschillen ook het gezag van het ECSR aan.¹¹³

25. Hiermee is de kous echter nog niet af. Bij de gezaghebbendheid van de oordelen van het Comité dient evenwel nog een ander vraagteken te worden geplaatst. De oordelen van het Comité gaan altijd uit van een maximalistische bescherming van het recht op collectieve actie. Deze uitlegging leidt ertoe dat de meeste staten in West-Europa aanhoudend een negatief oordeel krijgen omtrent de manier waarop zij het recht op collectieve actie in het ESH respecteren. Jaren na elkaar krijgen bijvoorbeeld Frankrijk¹¹⁴, Nederland¹¹⁵, België¹¹⁶, Duitsland¹¹⁷,

¹¹² Anders M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 65.

¹¹³ L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 17.

¹¹⁴ European Social Charter (revised) European Committee of Social Rights Conclusions 2014 (FRANCE), met verwijzing naar de miskenningen van 2010 en 2014: "Entitlement to call a collective action, Specific restrictions to the right to strike and procedural requirements, and Consequences of a strike", www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/Prep/France2014.

¹¹⁵ Het ECSR heeft sedert de XVIe controlecyclus (2003) in een conclusie over het Nederlandse stakingsrecht geoordeeld dat de toepassing van het *ultimum-remedium*beginsel door de Hoge Raad in strijd was met het ESH: F. GRAPPERHAUS, "Europees sociaal handvest" in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 665-666. Ondanks het feit dat de recente Nederlandse rechtspraak doorgaat met het toepassen van de zogenaamde zwaarwegende procedureregels, waaronder de *ultimum-remedium*vereiste en het proportionaliteitsbeginsel, vindt de ECSR het Nederlandse recht in 2014 conform art. 6 ESH.

¹¹⁶ D. DEJONGHE en F. RAEPSAET, "L'intervention du juge des référés sur la requête unilatérale en cas de conflit: contraire à la Charte sociale européenne?", *TSR* 2013, 97 e.v.

¹¹⁷ European Social Charter European Committee of Social Rights, *Conclusions XIX-3* (2010) (GERMANY): "Article 6 – Right to bargain collectively Paragraph 4 – Collective action – The Committee takes note of the information contained in the report submitted by Germany. Meaning of collective action – Permitted objectives of collective action. The Committee recalls that the German law pertaining to collective action, based on Article 9 para. 3 of the Constitution

Italië¹¹⁸ en het Verenigd Koninkrijk¹¹⁹ het oordeel over zich dat hun vigerende stakingsrecht strijdt met de relevante artikelen in het ESH. De oordelen van het Comité zijn niet zo gezaghebbend of invloedrijk dat de Verdragsstaten hun recht aanpassen in een door het Comité gewenste zin.¹²⁰ Uit het ECSR-rapport van 2014

as interpreted by the courts, still forbids strikes which are not concerned with the conclusion of collective agreements, since report does not indicate that there has been any change to this situation, the Committee still finds the situation not to be in conformity with Article 6§ 4 of the Charter. Who is entitled to call collective action? In its previous conclusions, the Committee has taken note of the conditions laid down by the courts before trade unions can call lawful strikes (see Addendum to Conclusions XV-1, p. 29) and has found that these are difficult to satisfy. It observes that the situation has not changed in this respect and given that a group of workers may not readily form a union for the purpose of a strike, considers the situation not to be in conformity with the Charter. Restrictions on the right to strike. The Committee recalls that it falls to it to examine whether domestic courts act reasonably and that in particular their interventions do not strike at the very substance of the right to strike, thus depriving it of its effectiveness (Conclusions XVII-1, Germany). The Committee notes that in the case of preliminary injunctions issued by a court at the request of an employer against a strike, there is no possibility of appeal at federal level, in particular to the Federal Labour Court. This means that, in the absence of legislation guaranteeing the right to strike, there is a risk of legal uncertainty given that different courts in different Länder may reach diverging rulings in similar cases. The examples of case-law provided in the report regarding the principle of proportionality demonstrate the fluctuation of case law between courts. The Committee therefore asks again for further information on ways and means to avoid any legal uncertainty that may restrict the right to strike in this respect, and reserves its position on this point. The Committee recalls that in the case of civil servants who are not exercising public authority only a restriction can be justified, not an absolute ban (Conclusions XVII-1, Germany). As regards the absolute strike ban applied to civil servants employed in privatised postal and rail undertakings which the Committee held not to be in conformity with the Charter, it refers to its observations in its conclusion regarding Article 6§ 2 with respect to the decision of the Federal Administrative Court of 7 June 2000 stating that a civil servant who is being granted leave to take up work under a private law contract with the privatised companies of the German Mail and Railway "is generally not subject to a prohibition to strike". The Committee reiterates its question whether the scope of application of the court decision extends to all post and rail employees with civil service status who do not exercise public authority or whether there are civil servants, assigned to posts in privatised enterprises without being granted leave to take up work who are denied the right to collective action. Meanwhile, it reserves its position on this point. Procedural requirements – Consequences of collective action As regards the procedural requirements pertaining to and the consequences of collective action, the Committee refers to its assessment of the situation in Conclusions XV-1 and XVI-1. The report mentions no change to the situation in this respect". Conclusion. The Committee concludes that the situation in Germany is not in conformity with Article 6§ 4 of the Charter on the following grounds: • strikes not aimed at achieving a collective agreement are prohibited; • the requirements to be met by a group of workers in order to form a union satisfying the conditions for calling a strike constitute an excessive restriction to the right to strike."

www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GermanyXIX3.

¹¹⁸ "Article 6, § 4 – Right to bargain collectively – Collective action • It has not been established that the Government's power to issue injunctions or orders restricting strikes in essential public services falls within the limits of Article G of the Charter; • The requirement to notify employers of the duration of strikes affecting essential public services prior to strike action is excessive (Conclusions 2014)."

¹¹⁹ "Article 6, § 4 – right to bargain collectively – collective action 1. The possibilities for workers to defend their interests through lawful collective action are excessively limited; 2. The requirement to give notice to an employer of a ballot on industrial action is excessive; 3. The protection of workers against dismissal when taking industrial action is insufficient (Conclusions XX-3 (2014))."

¹²⁰ Zie ook L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 15-17.

bleek dat volgens het Comité van de 23 onderzochte landen slechts in 4 landen¹²¹ het nationale stakingsrecht strookt met artikel 6, § 4, van het ESH, althans volgens de inzichten van het ECSR, terwijl er in 19 landen één of meerdere inbreuken op artikel 6, lid 4 ESH worden vastgesteld.¹²² Uit de ECSR *Conclusions* XX-3 van 2014 blijkt bovendien dat het recht in Tsjechië, Denemarken, Duitsland, Verenigd Koninkrijk, IJsland, en Spanje niet conform is met artikel 6, lid 4 ESH.

Het ECSR loopt wel heel ver vooruit op het rechtsbewustzijn in de meeste verdragsstaten van de Raad van Europa.

26. Recent veroordeelde het Europees Comité Sociale Rechten België wegens de rechterlijke tussenkomsten in stakingsgedingen op eenzijdig verzoekschrift na een collectieve klacht van de Belgische vakbonden tegen de Belgische staat, onder meer over het gebrek aan procedurale *fairness* van dergelijke procedures.¹²³ Dit oordeel van het ECSR moet daarna dan worden voorgelegd aan het Comité van Ministers dat aanbevelingen kan formuleren voor de lidstaten. De aanbeveling van het Comité van Ministers voor België was in 2012 een milder oordeel over het Belgische recht dan het oordeel van het Comité.¹²⁴

Het pijnlijke van de behandeling van de Belgische klacht van de vakbonden tegen de staat is bijvoorbeeld dat niet wordt toegelaten dat de werkgeversorganisaties tussenbeide komen voor een tegensprekelijk debat in de procedure voor het Comité, terwijl ze natuurlijk rechtstreeks belang hebben en via de aangesloten leden betrokken zijn bij de procedures op eenzijdig verzoekschrift. Dit argument klemmt des te meer omdat het oordeel van het Comité steunt op het rapport van de Belgische regering, dat niet noodzakelijk objectief is maar politiek gekleurd kan zijn.¹²⁵ Zoals bekend, kan de politieke oriëntatie van een regering ook veranderen. Er is ook een gebrek aan tripartiete elementen in de controlestructuur, zodat ook door dit feit de oordelen van het Europees Comité voor de Sociale rechten aan gezag inboeten.¹²⁶ De indruk ontstaat dat het Europees Comité Sociale Rechten regelmatig bewust of onbewust zijn hand overspeelt en dus zich begeeft op het gladde pad van het quasi-jurisdictionele activisme.

¹²¹ Litouwen, Macedonië, Slovenië en Nederland.

¹²² Italië, Ierland, Zweden, Noorwegen, Ierland, Frankrijk, Hongarije, Portugal, Roemenië enz.

¹²³ ECSR 13 september 2011, nr. 59/2009, EVV, ACLVB, ACV, ABVV/België.

¹²⁴ R. JANVIER, P. HUMBLET en M. RIGAUX *et al.* (eds.), *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 399.

¹²⁵ En dat volgens sommigen ook is: D. DEJONGHE en F. RAEPSAET, "L'intervention du juge des référés sur la requête unilatérale en cas de conflit: contraire à la Charte sociale européenne?", *TSR* 2013, 119 e.v.

¹²⁶ Zie L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 17 en 18.

XIII. HET RECHT OP COLLECTIEVE ACTIE: EEN GRONDRECHT MAAR GEEN ABSOLUUT RECHT

27. Het recht op collectieve actie van werknemers en ambtenaren is onmiskenbaar een subjectief grondrecht. Het is geen discretionair recht of een absoluut recht.¹²⁷ Men ziet niet in waarom grondrechten niet vatbaar zouden zijn voor misbruik. En meer nog, eigenlijk is, zoals blijkt uit de opbouw van artikel 6 ESH, het recht op collectieve actie een doelgebonden recht om belangenconflicten bij collectieve onderhandelingen te beslechten.¹²⁸ Zo zijn zuiver politieke stakingen niet toegelaten.¹²⁹

Dit brengt mee dat, zoals alle subjectieve rechten, ook het recht op collectieve actie van werknemers en werkgevers vatbaar is voor misbruik van recht¹³⁰, zoals onder meer ook erkend is in de jurisprudentie van de Raad van State¹³¹ en van de Hoge Raad.¹³² Ook het Franse Hof van Cassatie erkent dat het stakingsrecht vatbaar is voor rechtsmisbruik¹³³, hoewel de aanvaarde toepassingen ervan zeer schaars zijn. De ontkenning van het principe dat het stakingsrecht misbruikt kan worden, kan mijns inziens de prullenbak in.¹³⁴

¹²⁷ P. GOSSERIES, "Confrontation des droits de propriété et d'entreprise au droit de travail y compris de grève" in P. GOSSERIES en M. MORSA, *L'humanisme juridique*, Brussel, Larcier, 2013, 50 e.v.

¹²⁸ *Supra*.

¹²⁹ *Supra* bij randnr. 14. Kritisch voor deze opvatting dat zuiver politieke stakingen niet toegelaten zijn: A. BUGADA, "Nouvelle définition du droit de grève : l'exercice du droit de grève s'apprécie « objectivement »", *D.* 2008, 662.

¹³⁰ Arbh. Brussel 26 oktober 1998, *Bull. FEB* 1999, nr. 3, 80; N. BEAUFILS, "Droit de grève: principes de base et nouvelles tendances", *JTT* 2010, 129-137; P. GOSSERIES, "Confrontation des droits de propriété et d'entreprise au droit de travail y compris de grève" in P. GOSSERIES en M. MORSA, *L'humanisme juridique*, Brussel, Larcier, 2013, 50 e.v.; D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brussel, Larcier, 2002, 55; W. VAN EECKHOUTTE, "Het stakingsrecht in de privésector in België", *TSR* 1982, 254; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2012-2013*, 2014, Mechelen, Kluwer, 2012, nr. 3350 en 3353; W. RAUWS, "Misbruik van contractuele rechten", *TBH* 1984, 260; V. VANNES, *Le droit de grève*, Brussel, Larcier, 2014, 543 e.v.

¹³¹ RvS 3 december 2002, *NjW* 2003, 779; RvS 2 juli 2008, nr. 185.075, *André v. TEC*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.076, *Algrain*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.077, *Catherine*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.078, *Dujardin*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.079, *Honoré*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.080, *Thauvoye*; RvS 5 februari 2009, nr. 190.223, *Mortier v. TEC*.

¹³² HR30 mei 1986, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1986, 688, noot P.A. STEIN overw. 3.5; HR21 maart 1997, *JAR* 1997/70.

¹³³ Cass. fr. (soc.), 4 november 1992, nr. 90-41.899, *Bull. civ. V*, nr. 529; Cass. fr. (soc.) 18 januari 1995, nr. 91-10.476, *D.* 1995. IR. 50; Cass. fr. (soc.) 9 maart 2004, nr. 02-30294, Cass. fr. (soc.) 7 juni 2006, nr. 04-43.855; P. WAQUET, "Abus de droit de grève et responsabilité", *Droit social* 1995, 183; A. BUGADA, "Nouvelle définition du droit de grève : l'exercice du droit de grève s'apprécie « objectivement »", *D.* 2008, 662.

¹³⁴ Zie M. RIGAUX en J. PEETERS, "De werkstaking in het Belgisch arbeidsrecht" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 93-94; vgl. F. DORSEMONT, "De prullenbak, een locus naturalis voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht?", *Sociaal recht* 2002, 323.

28. De kwestie is niet of het recht op collectieve actie vatbaar is voor rechtsmisbruik, maar wel wat de precieze criteria en de inhoud van dit verbod van rechtsmisbruik zijn. Rechtsmisbruik kan worden omschreven als de uitoefening van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening door een normaal, voorzichtig en bedachtzaam persoon.¹³⁵ De Belgische rechtspraak waarbij werd geconcludeerd tot misbruik van het stakingsrecht is eerder schaars.¹³⁶

De criteria om misbruik van recht vast te stellen zijn afwijkend van die van het gemeen recht. Hierbij moet worden in aanmerking genomen dat het toebrengen van schade, zelfs wezenlijke schade op zichzelf, niet het rechtsmisbruik aan toont, nu het toebrengen van zulke schade wezenlijk is voor de hantering van het stakingswapen.¹³⁷ Dit heeft uiteraard ook gevolgen voor het proportionaliteitscriterium, omdat het klassieke criterium van de wanverhouding tussen voordeel en nadeel ook steunt op het veroorzaken van schade. Een bekende zaak waarbij dit criterium werd toegepast, is er gekomen naar aanleiding van een staking bij de NMBS in 1999. In diverse kortgedingen werden collectieve acties verboden naar aanleiding van het prinselijk huwelijk van Filip en Mathilde. Op diezelfde dag dreigde de kleine OVS-vakbond met een staking. In een aantal beslissingen werd geoordeeld dat de mogelijke schade die derden zouden lijden door op 4 december 1999 niet naar Brussel te kunnen reizen disproportioneel was met het door de stakers beoogde voordeel.¹³⁸

Het proportionaliteitscriterium kan zich verheugen in een toenemende populariteit, zeker in Franstalig België.¹³⁹ Ook in Duitsland wordt het proportionaliteitscriterium, genaamd '*Verhältnismässigkeit*', traditioneel toegepast als een criterium ter beoordeling van de rechtmatigheid van stakingsacties, en wel in de brede zin, omvattende bijvoorbeeld het *ultima-ratio*-principe, en waarbij een collectieve actie in strijd is met het recht wanneer ze kennelijk ongeschikt, niet noodzakelijk of niet aangepast is.¹⁴⁰ *Verhältnismässigkeit* wordt ook zeer uitgebreid gebruikt in de enge zin, in die betekenis dat de collectieve actie niet volledig

¹³⁵ Cass. 1 februari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 139.

¹³⁶ Rb. Hasselt (kort ged.) 19 april 2000, *Soc.Kron.* 2000, 443.

¹³⁷ Hoge Raad 30 mei 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1986, 688, noot P.A. STEIN, overw. 3.5; H. SINAY, "La grève" in G. CAMERLYNCK (ed.), *Traité de droit de travail: la grève*, Parijs, Dalloz, 1966, 163; M. RIGAUX en J. PEETERS, "De werkstaking in het Belgisch arbeidsrecht" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 94-95; L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Intersentia, 2012, 45.

¹³⁸ Zie D. DEJONGHE en F. RAEPSAET, "L'intervention du juge des référés sur la requête unilatérale en cas de conflit: contraire à la Charte sociale européenne?", *TSR* 2013, 120-121 en de verwijzingen aldaar.

¹³⁹ J. CLESSE, "Le statut juridique de la grève dans le secteur privé" in *La grève: recours aux tribunaux ou retour à la concertation sociale?*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2002, 20; P. GOSSERIES, "Confrontation des droits de propriété et d'entreprise au droit de travail y compris de grève" in P. GOSSERIES en M. MORSIA, *L'humanisme juridique*, Brussel, Larcier, 2013, 50 e.v.; V. VANNES, *Le droit de grève*, Brussel, Larcier, 2014, 559 e.v.

¹⁴⁰ Bundesarbeitsgericht (BAG) 21 april 1971, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1971, 1668; BAG 19 juni 2007, *NZA* 2007, 1055; BAG22 september 2009, *NZA* 2009, 1347.

buiten verhouding mag staan tot de collectieve actie.¹⁴¹ Ook in de Nederlandse rechtspraak is het proportionaliteitsbeginsel niet onbekend.¹⁴²

Dit criterium kan met de nodige omzichtigheid aan de zijde van de rechter overeind blijven. Het kan alleen uitzonderlijk op de staking, die schadelijk mag zijn, worden toegepast bij een veroorzaakte enorme schade, een grote schade “in het kwadraat”.¹⁴³

Wat de openbare sector betreft, moet worden gewezen op de vaste rechtspraak van de Raad van State waarin deze het principe van het misbruik van het stakingsrecht van de ambtenaar erkent¹⁴⁴, maar met de toepassing van dit principe erg omzichtig omspringt. Aldus aanvaardt de Raad van State dat voor de beoordeling van eventueel rechtsmisbruik aan de zijde van de stakende ambtenaar rekening moet worden gehouden met de wijze van totstandkoming van de collectieve actie en met de eisen van de stakers. De miskenning door de ambtenaar van de aan de staking voorafgaande regels inzake overleg en aanzegging kan rechtsmisbruik opleveren “*si la nature des revendications ne permettait pas de légitimer son déclenchement de manière sauvage; que pour pouvoir sanctionner les travailleurs ayant participé au mouvement de grève, il appartenait à la partie adverse de préciser, spécialement dans le cadre du respect des article 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, les raisons qui l'amènent à considérer qu'il y a eu exercice abusif du droit de grève*”.¹⁴⁵

Maar de Raad van State laat ook de deur open voor een toepassing van de proportionaliteitstest: “dat het weliswaar denkbaar is dat in sommige gevallen de door een staking veroorzaakte nadelen buiten verhouding staan tot het doel dat met de staking beoogd wordt”.¹⁴⁶

Beperkingen aan het stakingsrecht kunnen door rechters slechts worden opgelegd indien zij in overeenstemming zijn met artikel 6, lid 4 en G van het ESH. Dit impliceert dat er wel sprake kan zijn van rechtsmisbruik wanneer de uitoefening van het recht te staken in strijd is met de rechten van derden, of op een wijze die voor de volksgezondheid, de nationale veiligheid of de openbare orde een bedreiging vormt. In zijn conclusies heeft het ECSR zich reeds uitdrukkelijk uitgesproken over het leerstuk van het rechtsmisbruik.

¹⁴¹ W. DUTZ en G. THUSING, *Arbeitsrecht*, München, Beck, 2013, 354-357.

¹⁴² HR 21 maart 1997, NJ 1997/437 inzake de onbeperkte uitoefening van het collectief actierecht; F. PENNINGS, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer, Kluwer, 2007, 334; F. GRAPPERHAUS, “Europees sociaal handvest” in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeitsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 665-666.

¹⁴³ ECSR, *Conclusions*, XIII-1, 158; L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Intersentia, 2012, 41; W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten”, *TBH*, 1984, 260; M. STROOBANT, “Stakingsvrijheid en stakingsverbod: naar een nieuwe rechtspraak?”, *JTT* 1987, 438.

¹⁴⁴ RvS 3 december 2002, NJW 2003, 779.

¹⁴⁵ RvS 2 juli 2008, nr. 185.075, *André v. TEC*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.076, *Algrain*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.077, *Catherine*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.078, *Dujardin*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.079, *Honoré*; RvS 2 juli 2008, nr. 185.080, *Thauvoye*; RvS 5 februari 2009, nr. 190.223, *Mortier v. TEC*.

¹⁴⁶ RvS 3 dec. 202, NJW 2003, 779, noot M. DE Vos.

Volgens dit Comité zijn minstens twee klassieke criteria van rechtsmisbruik, namelijk proportionaliteit en de uitoefening van het recht te staken op een minder schadelijke wijze met een equivalent effect, onverenigbaar met het ESH.¹⁴⁷ Rechtsmisbruik is bijvoorbeeld denkbaar bij een staking van het ziekenhuispersoneel in een openbaar ziekenhuis waarbij het stakingsrecht in botsing komt met het recht op fysieke integriteit of gezondheid van de patiënten, in aanmerking genomen dat er geen andere grondslag zou bestaan om het stakingsrecht in de openbare sector te beperken.

Het ECSR waarschuwt terecht tegen de toepassing van het proportionaliteitscriterium, in deze zin dat het gevaar dreigt dat de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel ertoe kan leiden dat de rechter op de stoel van de actievoerders gaat zitten en ten onrechte in hun plaats gaat oordelen over de opportuniteit van de collectieve actie, of dat een te ruime begrenzing aan de uitoefening van het stakingsrecht wordt aangebracht.¹⁴⁸ Nochtans kan een terughoudende toepassing van het proportionaliteitsbeginsel de rechter toelaten vorm te geven aan een redelijke bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of van het algemeen belang, en dit conform artikel G van het ESH.¹⁴⁹ Het Comité erkent recent trouwens expliciet het proportionaliteitscriterium zoals toegepast op het recht op collectieve actie in de Nederlandse rechtspraak, als strokende met de bescherming van de rechten van derden en van het algemeen belang als bedoeld in het beperkingsartikel G van het ESH.¹⁵⁰

Indien de oordelen van het ECSR verder zouden evolueren in de zin van het volkomen verbieden van elke toepassing van de theorie van misbruik van stakingsrecht/recht op collectieve actie¹⁵¹, zegt dat meer over het quasi-jurisdictioneel activisme van het ECSR dan over de gedegen kennis van algemene leerstukken van het recht.

XIV. CONCLUSIES

29. Na dit opstel, dat niet toelaat stellingen grondig te onderbouwen, worden bij wijze van conclusies een aantal werkhypothesen geformuleerd.

- a) Grondrechten kunnen worden beschouwd als een vorm van universeel seculier natuurrecht.
- b) Grondrechten worden betwist vanuit rechtsfilosofisch marxistisch oogpunt. Ook juristen hebben kritiek op facetten van de grondrechten. Zo houdt de

¹⁴⁷ ECSR, *Conclusions*, XVI-1, vol. 2, 446.

¹⁴⁸ L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 41.

¹⁴⁹ F. GRAPPERHAUS, "Europees sociaal handvest" in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 665-666.

¹⁵⁰ Zie *Conclusions ECSR*, XX-3, 2014, 27 e.v.; *supra*, randnr. 20.

¹⁵¹ Volgens sommige auteurs keert het ECSR zich principieel tegen de toepassing van het verbod van rechtsmisbruik: D. DEJONGHE en F. RAEPSAET, "L'intervention du juge des référés sur la requête unilatérale en cas de conflit: contraire à la Charte sociale européenne?", *TSR* 2013, 122.

vaagheid ervan, bijvoorbeeld het recht op verenigingsvrijheid in artikel 11 EVRM, het risico van juridisch activisme in. De toepassing van een breed grondrecht zoals de verenigingsvrijheid in artikel 11 en het recht op collectieve actie in artikel 6 ESH noopt ertoe de rechters in de verdragsstaten een ruime eigen marge van appreciatie toe te kennen.

- c) De principiësarresten van het Hof van Cassatie van de jaren tachtig over de uitsluiting en de staking hebben de verdienste het bestaan van de collectieve acties te legitimeren, maar berusten op een wankelende *a-contrario*-redenering die onduidelijk maakt wat de precieze draagwijdte is van het grondrecht en de invulling van de behoefte aan een onderscheid tussen rechtmatige en onrechtmatige collectieve acties belemmert.
- d) Artikel 6 ESH fundeert het recht op collectieve actie van werkgevers en werknemers. De opbouw van artikel 6 leert dat zuiver politieke stakingen, stakingen over rechtsgeschillen, en stakingen in strijd met de CAO-bepalingen in beginsel onrechtmatig zijn.
- e) De open notie 'collectief optreden' impliceert dat dit concept rechterlijke interpretatie behoeft. De open notie impliceert niet dat elke collectieve actie toelaatbaar is, maar dat beperkingen moeten beantwoorden aan de systematiek van artikel G van het ESH. Zo zijn bedrijfsbezettingen principieel onrechtmatig, maar er zijn ook uitzonderingen.
- f) De beperkingen van het recht op collectieve actie in *Viking* en *Laval* stroken met artikel G van het ESH. Anders dan vele auteurs aannemen¹⁵², heeft het Hof van Justitie in voormelde arresten geenszins een principiële voorrang willen geven aan de economische vrijheden in hun relatie tot het recht op collectieve actie. Ook het ontwerp van de Monti II-verordening bevat geen principiële voorrang van de economische vrijheden maar een per geval door te voeren proportionaliteitstest tussen het grondrecht op collectieve actie enerzijds en de beperkingen van het vrije verkeer anderzijds.
- g) Uit de analyse van de rechtspraak blijkt dat de vaagheid van het recht op collectief optreden er in uitzonderlijke gevallen zelfs toe kan leiden dat handelingen die op zich strafbaar zijn, bijvoorbeeld een korte gijzeling, een wegblokkade of lokaalvredebreuk¹⁵³ hun strafbaarheid kunnen verliezen wanneer ze in het raam van een collectief geschil bedoeld in artikel 6 ESH werden gesteld en de inbreuk op de strafrechtelijke rechtsorde beperkt is.
- h) De oordelen van het ECSR zijn niet-bindende adviezen. Het ECSR is trouwens niet de instantie die finaal de overtredende verdragsstaten op de vingers

¹⁵² Bv. F. DORSEMONT en T. JASPERS, "Collectieve actie en vrij verkeer. Eindigen grondrechten waar fundamentele vrijheden beginnen?", *NjW* 2007, 2-14; F. GRAPPERHAUS, "Europees sociaal handvest" in J. VAN SLOOTEN (ed.), *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2014, 666.

¹⁵³ In België huisvredebreuk bedoeld in art. 439 Sw.; zie verder W. RAUWS, "De bedrijfsbezetting" in P. HUMBLET en G. COX, *Collectieve conflicten*, Mechelen, Kluwer, 2011, 320 e.v.

- kan – maar niet moet – tikken via een aanbeveling.¹⁵⁴ Het is de bevoegdheid van het Comité van Ministers van Buitenlandse Zaken van de verdragsstaten bij de Raad van Europa de overtredende verdragsstaten bij een inbreuk op artikel 6 ESH een aanbeveling te doen. Die aanbevelingen zwakken vaak de oordelen van het ECSR af. Een onderzoek leidt tot de vaststelling dat het ECSR en het Regeringscomité, dat de beslissingen van het Comité van Ministers voorbereidt, in het verleden vaak van mening verschilden over de interpretatie van het ESH. Daar de werkzaamheden van het Comité van Ministers worden voorbereid door het Regeringscomité, tasten die meningsverschillen ook het gezag van het ECSR aan.
- i) Het gezag van de oordelen van het ECSR wordt procedureel bedreigd door de ontstentenis van een tegensprekelijk debat voor het ECSR zoals dat wel aanwezig is bij gerechtelijke procedures, door de afhankelijkheid van het ECSR van politiek gekleurde regeringsrapporten en door het gebrek aan tripartisme zoals bij de Internationale Arbeidsorganisatie.
 - j) Theoretisch zijn de oordelen van het ECSR gezaghebbend. Dit gezag is minder groot dan de theoretische inschatting laat vermoeden, omdat het stakingsrecht van het overgrote deel van de verdragsstaten bij het ESH naar de oordelen van het Comité jarenlang of aanhoudend strijdt met artikel 6 ESH, waaruit blijkt dat het ESCR wel heel ver vooruitloopt op het rechtsbewustzijn in de meeste verdragsstaten van de Raad van Europa. De adviezen van het ECSR moeten wijken voor de bindende rechtspraak van het Hof van Justitie en het EVRM.
 - k) Het recht op collectieve actie is vatbaar voor misbruik van recht, hoewel de criteria ter vaststelling ervan moeten worden bekeken in het licht van de specifieke aard van dit grondrecht. Het ECSR schijnt principieel afkerig te staan van de figuur van het verbod van misbruik van stakingsrecht, hoewel het proportionaliteitsbeginsel wat de Nederlandse rechtspraak betreft recent werd aanvaard. Het proportionaliteitsbeginsel speelt in een aantal landen een niet onbelangrijke rol in het stakingsrecht.
 - l) De conclusies j en k wijzen erop dat het ECSR zich op het glibberige pad van het quasi-jurisdictioneel activisme begeeft.

¹⁵⁴ L. DE MEYER, *Proportioneel stakingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 17.

WELZIJN OP HET WERK ALS GRONDRECHT

Een reflectie over de grondrechtelijke onderbouw van het welzijnsrecht

Kelly REYNIERS

Gastprofessor UAntwerpen en Odisee

I. INLEIDING

1. In de rechtsleer wordt de laatste jaren meer aandacht besteed aan het verband tussen arbeidsrecht en (sociale) grondrechten. Het is één van de grote verdiensten van Marc RIGAUX om de grondrechtelijke onderbouw van het arbeidsrecht in wetenschappelijk onderzoek te exploreren en uit te diepen, hetzij in eigen publicaties¹, hetzij als initiator/promotor van allerhande onderzoeksprojecten en -initiatieven.² Het arbeidsrecht wordt hierbij terecht benaderd als een concretisering van (voornamelijk sociale) grondrechten met het realiseren en beschermen van de menselijke waardigheid van de arbeidende persoon als voornaamste doelstelling en inzet van de rechtstak. Marc RIGAUX slaagde er ook in om tal van assistenten en onderzoekers – waaronder mezelf – warm te maken voor en te begeleiden bij een doctoraal onderzoek waarin aspecten van deze thematiek aan bod kwamen.³

¹ Zie bv. M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerp, Intersentia, 2004, 264 p.; M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale. Essai sur un droit de la dignité de l'homme au travail (re)mis en cause*, Brussel, Bruylant, 2009, 217 p.

² Zie bv. G. COX en M. RIGAUX (eds.), *De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht* in *Reeks Collectief Arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 137 p.; M. RIGAUX, J. BUELENS en A. LATINNE (eds.), *From Labour Law to Social Competition Law in Publications on Labour Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 187 p. en de bijdragen van Marc RIGAUX in deze werken.

³ Zie bv. J. PEETERS, *Informatie en raadpleging van werknemers bij herstructureringen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 718 p.; K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 695 p.; K. REYNIERS, *(Verboden) Arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 545 p.; J. BUELENS, *Collectief overleg in (onder)aannemingsverhoudingen* in *Reeks Begasoz*, Brugge, die Keure, 2012, 459 p.

De keuze voor het onderwerp van deze bijdrage is dan ook ingegeven vanuit de wetenschappelijke interesse die ik met Marc RIGAUX deel voor de leerstukken van menselijke waardigheid en grondrechten toegepast op arbeidsverhoudingen en arbeidsveiligheid/-welzijn op het werk. Het onderwerp bleef tot op heden in de rechtsleer onderbelicht. Deze bijdrage heeft niet de ambitie een uitgebreide juridisch-technische analyse te zijn, maar werd opgevat als een (eerste) reflectie over de grondrechtelijke onderbouw van het recht inzake welzijn op het werk.

II. DE NEXUS WELZIJNSRECHT EN MENSELIJKE WAARDIGHEID

A. INLEIDENDE BEDENKINGEN BIJ (EEN RECHT OP) MENSELIJKE WAARDIGHEID

2. Het recht van eenieder om een menswaardig leven te leiden en op een menswaardige wijze behandeld te worden, lijkt – in tegenstelling tot vroeger – *as such* niet meer ter discussie te staan.⁴ Omwille van de intrinsieke verbondenheid met de mens zelf, wordt het recht op menselijke waardigheid vaak als universeel beschouwd. Wanneer het er evenwel op aankomt menselijke waardigheid te omschrijven en aan te geven wat er precies onder valt, blijkt dit bijzonder moeilijk. In eerste instantie lijkt menselijke waardigheid immers verband te houden met het (recht op) leven en vooral overleven van de mens. In dat opzicht veronderstelt het onder meer bescherming van de fysieke veiligheid, een adequaat inkomen – uit arbeid of uit andere middelen⁵ – dat toelaat te voorzien in het levensonderhoud van de betrokkene en zijn gezin, degelijke huisvesting, toegang tot gezondheidszorgen, onderwijs en opleiding. Maar gaat menselijke waardigheid niet verder? Onderwijs en opleiding bijvoorbeeld kunnen louter benaderd worden als middel om (gemakkelijker) een baan te vinden en aldus een arbeidsinkomen te verwerven. Nochtans kunnen onderwijs en opleiding ook andere doelen dienen: zelfontplooiing, emancipatie, zelfs vrijetijdsbesteding en ontspanning. Zijn dit niet evenzeer aspecten van menselijke waardigheid? Het afbakenen van wat noodzakelijk is voor een menswaardig bestaan, is dan ook bijzonder delicaat.⁶ Deze moeilijkheid heeft ook te maken met de ethische en filosofische wortels⁷ ervan. Bovendien betreft het een dynamisch begrip in die zin dat de concrete

⁴ Dit neemt uiteraard niet weg dat de realisatie ervan in de praktijk helaas nog te wensen overlaat.

⁵ Hierbij kan in eerste instantie gedacht worden aan systemen van sociale zekerheid of sociale bijstand.

⁶ Dit blijkt bv. zeer duidelijk wanneer meer controversiële discussiepunten zoals i.v.m. asielbeleid, prostitutie, abortus, euthanasie e.d. benaderd worden vanuit het recht op menselijke waardigheid.

⁷ Voor een bondig overzicht zie o.m. B. VAN ROMPU, *La dignité de la personne humaine dans les relations de travail*, doctoraatsthesis Université de Lille II, ANRT, 2006, 17 e.v.; O. DE TISSOT,

invulling ervan afhankelijk is van tijd, plaats en cultuur. Hoe dan ook lijkt het in acht nemen van menselijke waardigheid (in ruime zin) verband te houden met het respecteren en beschermen van zowel de *fysieke* als *psychische integriteit* van de mens.

3. Door de expliciete en/of impliciete erkenning van menselijke waardigheid in verschillende rechtsbronnen op internationaal, regionaal (bijvoorbeeld Europees) en nationaal niveau, werd het vage en ietwat ambigue concept menselijke waardigheid desalniettemin ook in de juridische orde verankerd.⁸ Hierbij verkreeg het veelal de status van *grondrecht*. Dit wekt mijns inziens geen verbazing: de meeste definities van de begrippen grondrechten of mensenrechten verwijzen immers naar het bevorderen en beschermen van menselijke waardigheid als essentieel kenmerk en doelstelling van grondrechten/mensenrechten.⁹ Het recht van eenieder om een menswaardig leven te leiden wordt onder meer door Marc RIGAUX¹⁰ dan ook terecht beschouwd als matrixgrondrecht dat alle andere grondrechten overkoepelt en met elkaar verbindt. Het overstijgt inderdaad de klassieke opdeling tussen politieke en burgerlijke rechten enerzijds en sociale grondrechten anderzijds. Beide categorieën zijn immers doelgebonden rechten, gericht op het nastreven van menselijke waardigheid.¹¹ Dit neemt evenwel niet weg dat (het recht op) menselijke waardigheid in heel wat rechtsbronnen¹² vooral in verband wordt gebracht met sociale grondrechten. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat de realisatie van het recht op menselijke waardigheid al te vaak wordt gezien als het waarborgen van het recht op een behoorlijke levensstandaard. Zoals hierboven betoogd, betreft dit mijns inziens slechts een bepaald aspect ervan.

“Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié”, *Dr.Soc.* 1995, 973; J. FIERENS, “La dignité humaine comme concept juridique”, *JTT* 2002, 577-578.

⁸ Zo bv. art. 1 en 22 Universele Verklaring Rechten van de Mens; art. 1 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie; art. 26 Herzene Europees Sociaal Handvest; art. 23, eerste lid Belgische Grondwet.

⁹ Zie ook K. REYNIERS, *(Verboden) Arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 79 e.v.

¹⁰ Zie bv. M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 107, nr. 120.

¹¹ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 810, 410-411.

¹² Dit is bv. het geval in de Belgische Grondwet. Het recht van ieder om een menswaardig leven te leiden werd opgenomen in art. 23 Gw., dat enkele sociaaleconomische grondrechten proclameert. Nochtans werd bij de parlementaire voorbereiding van dit artikel de suggestie geopperd om het recht op een menswaardig leven vooraan Titel II van de Grondwet (“De Belgen en hun rechten”) te plaatsen, juist omdat het de essentie uitmaakt van alle grondrechten.

B. ARBEIDSVERHOUDINGEN EN MENSELIJKE WAARDIGHEID: DE VEREISTE VAN ‘DECENT WORK’

4. Het hoeft weinig betoog dat het verrichten van arbeid een fundamentele betekenis heeft voor de mens op individueel, economisch, en sociaal vlak. Voor het individu draagt arbeid in ruime zin¹³ bij tot zelfontplooiing en het ontwikkelen van een eigen identiteit. Betaalde arbeid stelt het individu tevens in staat te voorzien in zijn levensonderhoud (en dat van zijn gezin). Tegelijkertijd is het ook een vorm van dienstbaarheid ten aanzien van de samenleving: wie beroepsarbeid verricht (en belastingen betaalt), draagt bij tot de economische en sociale vooruitgang in de gemeenschap. Door de arbeid komt het individu in contact met andere mensen, waardoor het presteren van arbeid socialiserend werkt. Vanuit deze optiek zal arbeid dan ook een primordiale factor zijn bij het genereren van menselijke waardigheid, op voorwaarde evenwel dat de arbeid op zich en de omstandigheden waarin deze moet worden verricht, ook waardig zijn. De Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) drukt deze vereiste sinds 1999 kernachtig uit met het intussen alom bekende concept ‘*decent work*’. In feite is ‘*decent work for all*’ de vertaling van het IAO-mandaat naar de 21ste eeuw. De werkzaamheden en het beleid van de organisatie worden sindsdien opgebouwd rond verschillende pijlers van waardig werken: de eerbiediging van fundamentele rechten (eerste pijler); een zo groot mogelijke tewerkstelling onder behoorlijke voorwaarden en in menswaardige omstandigheden (tweede pijler), sociale bescherming met inbegrip van aspecten van arbeidsbescherming zoals veiligheid en gezondheid op het werk (derde pijler) en het bevorderen van de sociale dialoog (vierde pijler). Gendergelijkheid en non-discriminatie vormen transversale thema’s doorheen de vier pijlers.¹⁴ Waardig werken staat met andere woorden voor humanisering van de arbeidsverhoudingen en verzet zich tegen de verzakelijking ervan: arbeid is immers geen koopwaar.¹⁵ Meer in het algemeen verwijst waardig werk in een professionele context mijns inziens naar arbeid waarin de grondrechten van de arbeidende persoon (zoals het recht op en de vrijheid van arbeid, het recht op billijke arbeidsvoorwaarden, het recht op informatie, raadpleging en collectief onderhandelen) het best worden gerealiseerd en gewaarborgd. Dit impliceert dat voldaan moet worden aan kwaliteitseisen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden, inhoud van de arbeid en dergelijke. In een sterk veranderende (arbeids)wereld met een toenemende economische en sociale concurrentie op de markten, de digitalisering van de maatschappelijke en professionele verhoudingen, nieuwe technologieën en arbeidsorganisaties, de vereiste

¹³ Hieronder wordt niet alleen beroepsarbeid (d.i. arbeid verricht op de markt met het oog op het verwerven van een inkomen om in het levensonderhoud te voorzien) begrepen maar ook andere activiteiten zoals vrijwilligerswerk.

¹⁴ IAO-verklaring betreffende sociale rechtvaardigheid voor een billijke mondialisering van 2009; zie o.m. ook K. REYNIEERS, (*Verboden*) *Arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 195 e.v.

¹⁵ Deel I, a Verklaring van Philadelphia van 10 mei 1944, gehecht aan de IAO-constitutie.

van meer flexibiliteit en het vooruitzicht allemaal langer te moeten werken, en andere, heeft het realiseren en beschermen van waardig werk ontegensprekelijk een grote maatschappelijke relevantie en vormt het ook voor het (nog steeds nationaal geconcipieerde) arbeidsrecht een van de belangrijkste uitdagingen.

C. HET WELZIJSRECHT: EEN CONCRETISERING EN OPERATIONALISERING VAN HET RECHT OP MENSELIJKE WAARDIGHEID

5. Zoals reeds aangegeven, wordt in de rechtsleer het bevorderen en beschermen van de menswaardigheid in de arbeidsverhouding aangemerkt als doelstelling van het arbeidsrecht. Het recht heeft inderdaad een belangrijke rol te vervullen bij het operationaliseren van waardig werk: rechtsregels laten immers toe waardig werk te concretiseren en verfijnen, en waar nodig voor een jurisdictionele instantie af te dwingen. In bepaalde regelgeving, zoals het recht inzake welzijn op het werk, komt de koppeling met waardigheid expliciet tot uiting.

Bij de herstructurering van de veiligheidsreglementering in 1996 stond precies de idee dat ook in een arbeidsrelatie het recht op een respectvolle behandeling van de werknemer als persoon en in zijn totaliteit blijft gelden, centraal. Deze herstructurering had tot belangrijk gevolg dat de klemtoon werd verlegd van veiligheid en gezondheid (in enge zin) naar het ruimere 'wel-zijn' van werknemers, wat ook tot uiting komt in de benaming van de nieuwe kaderwet, namelijk 'wet betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk'.¹⁶ Naast de klassieke risico's veiligheid en gezondheid, moesten ook nieuwe domeinen zoals de psychosociale belasting op het werk en de effecten van het leefmilieu op de arbeidsvoorwaarden, voldoende aandacht krijgen.¹⁷ In dezelfde lijn werd de Welzijnswet in 2014 overigens nog aangepast om een algemeen kader voor de preventie van psychosociale risico's op het werk in te stellen.¹⁸ Het was de bedoeling om ook voor hedendaagse professionele risico's zoals stress en burn-out een

¹⁶ Wet 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, *BS* 18 september 1996 (hierna: Welzijnswet).

¹⁷ Verslag namens de Commissie voor Sociale Zaken door de heer DELIZÉE bij wetsontwerp betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, *Parl.St.* Kamer 1996, nr. 71/7, 40; lees hierover ook A. VAN REGENMORTEL, "Een doorlichting van de Kaderrichtlijn 89/391 op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie: kan België hieruit lessen trekken?", *TSR* 2013, 813-814; A. VAN REGENMORTEL (red.), J. BUELENS, K. REYNIERS, I. VAN PUYVELDE EN V. VERVLIEET, *Handboek Welzijn op het werk – Juridische aspecten*, Brugge, die Keure, 2015, nr. 3, 4-5.

¹⁸ Wet 28 februari 2014 tot aanvulling van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk wat de preventie van psychosociale risico's op het werk betreft, waaronder inzonderheid geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, *BS* 28 april 2014; wet 28 maart 2014 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk wat de gerechtelijke procedures betreft, *BS* 28 april 2014; KB 10 april 2014 betreffende de preventie van psychosociale risico's op het werk, *BS* 28 april 2014.

adequate juridische bescherming te creëren. Voorheen bestonden in de Welzijns-wet immers enkel specifieke regels voor feiten van geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk. Met het begrip ‘welzijn’ koos de regelgever in 1996 aldus bewust voor een ruimere invulling en bredere dimensie van veiligheid en gezondheid. Hierdoor sluit ‘welzijn op het werk’ dan ook aan bij verschillende grondrechten van de werknemer.

III. ELEMENTEN VAN DE GRONDRECHTELIJKE ONDERBOUW

A. ONTSTENTENIS VAN EEN EXPLICIET ‘RECHT OP WELZIJN OP HET WERK ...’

6. Met enige verbazing wordt in literatuur soms vastgesteld dat de Belgische Grondwet met geen woord rept over ‘een recht op welzijn op het werk’. Zoals reeds aangegeven, ontstond de terminologie ‘welzijn op het werk’ bij de herstructurering van de veiligheidsreglementering in 1996, met andere woorden enkele jaren na de invoeging van sociaaleconomische grondrechten in de Grondwet. Dit zou op het eerste gezicht een verklaring kunnen zijn voor het ontbreken van een verwijzing naar het welzijn op het werk. Toch moet worden vastgesteld dat ook de veiligheid en gezondheid van werknemers – een terminologie die toen wél ingeburgerd was – niet *expliciet* als recht wordt geproclameerd. Uit de wijze waarop huidig artikel 23 (oud art. 24*bis*) werd geconcipteerd, blijkt evenwel dat de grondwetgever de hierin vervatte rechten niet uitdrukkelijk verbindt aan een bepaalde hoedanigheid van een persoon (bv. werknemer). Het recht een menswaardig leven te leiden waarvan de sociale, economische en culturele rechten een uitwerking vormen, richten zich tot ‘ieder’. Dit neemt niet weg dat bepaalde van deze rechten in realiteit wel betrekking hebben op specifieke categorieën zoals personen die beroepsarbeid verrichten.

B. ... MAAR EEN VEELHEID AAN GRONDRECHTEN (EN INTERNATIONALE ARBEIDSNORMEN) GELIEERD AAN HET WELZIJNSRECHT

7. Betekent het voorgaande nu dat welzijn op het werk in België geen grondrechtelijke status heeft? Dat besluit zou te kort door de bocht zijn. De opsomming van rechten in artikel 23, derde lid Grondwet is immers niet limitatief, doch exemplatief. Aangenomen wordt dat ook de economische, sociale en culturele rechten vervat in het ECOSOC-verdrag en het (H)ESH die niet uitdrukkelijk in deze grondwetsbepaling worden vermeld, er toch mede onder begrepen

worden.¹⁹ Bovendien is het aannemelijk dat het welzijnsrecht niet te herleiden valt tot één grondrecht, doch wel aan verschillende rechten gekoppeld kan worden. Grondrechten zijn relatief ondeelbaar, stelt ook Marc RIGAUX²⁰, waarmee hij terecht wijst op de onderlinge verwevenheid van grondrechten. Daarnaast moet ook worden benadrukt dat de ontstentenis van bepaalde expliciet in de Belgische Grondwet verankerde rechten, niet betekent dat deze rechten geen deel zouden (kunnen) uitmaken van de Belgische rechtsorde. Ook vóór de invoeging van sociaaleconomische grondrechten in de Grondwet, was België overeenkomstig haar internationaalrechtelijke verplichtingen gehouden deze te waarborgen. In de talrijke mensenrechtenverdragen die ons land ratificeerde, ligt dan ook een ruimer scala aan grondrechten vervat. De terminologie welzijn op het werk is echter ook hier (nog?) niet doorgedrongen.

1. *Het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en het recht op veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden*

8. Welzijn op het werk *as such* lijkt in eerste instantie in verband te kunnen worden gebracht met het recht op billijke arbeidsvoorwaarden dat onder meer werd opgenomen in artikel 23, derde lid, 1° Grondwet. Uit de parlementaire voorbereiding²¹ blijkt dat het begrip arbeidsvoorwaarden ruim moet worden geïnterpreteerd, namelijk als ‘alle omstandigheden waarin de arbeid wordt gepresteerd’. Hieronder vallen niet alleen de arbeidsduur, de betaalde feestdagen, de wekelijkse rust, de ontslagvoorwaarden, de sociale promotie, de beroepsoriëntatie en -vorming, maar ook de veiligheid en gezondheid en de arbeidsduurvermindering voor werknemers die gevaarlijk of ongezond werk verrichten. Deze interpretatie werd duidelijk geïnspireerd door het Europees Sociaal Handvest, waarin naast een recht op billijke arbeidsvoorwaarden ook een hiervan onderscheiden recht op veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden vervat ligt.²² Overeenkomstig laatstgenoemd recht verbinden de verdragsluitende staten (waaronder België) zich er onder meer toe in overleg met de werkgevers- en werknemersorganisaties voorschriften inzake veiligheid en hygiëne uit te vaardigen en voor de naleving ervan te zorgen door middel van controlemaatregelen. Ook het bevorderen van de arbeidsgeneeskundige diensten voor alle werknemers met voornamelijk opdrachten inzake preventie en advies, behoort tot de realisatie van het recht. In het verleden werd België door het Europees Comité voor Sociale Rechten dat toezicht houdt op de naleving van de verdragsbepalingen door de staten, op de vingers getikt wegens het onvoldoende aantal controles van de medische inspectie en het

¹⁹ G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 838, 425.

²⁰ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 222, nr. 289.

²¹ *Parl.St.* Senaat B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°, 16.

²² Art. 3 en 4 ESH en art. 2 en 3 HESH.

hoge aantal arbeidsongevallen. Deze situatie blijkt thans geremedieerd te zijn, nu het aantal arbeidsongevallen in België is gedaald en iets boven het Europese gemiddelde ligt.²³

9. Op te merken valt dat het recht op billijke arbeidsvoorwaarden in de Grondwet werd geconcipeerd als een werknemersrecht: het gaat om “de rechten en plichten die voortvloeien uit het feit dat de werknemer zich ertoe verbonden heeft arbeid te verrichten onder het gezag van een andere persoon”.²⁴ Het recht op veiligheid en gezondheid, dat er een onderdeel van uitmaakt, lijkt aldus enkel gegarandeerd te worden in het raam van arbeidsprestaties in ondergeschikt verband. Aangezien veiligheid en gezondheid op het werk zo nauw verbonden is met de fysieke en psychische integriteit van de persoon, rijst dan ook de vraag of dit geen te verregaande beperking van het recht is. Veronderstelt “ieders menswaardigheid” immers niet dat ook zelfstandige arbeidskrachten recht hebben op veiligheid en gezondheid? Het Europees Comité voor Sociale Rechten interpreteert het recht op veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden alleszins zo dat ook ten aanzien van zelfstandigen de nodige voorschriften moeten worden uitgevaardigd. De Belgische welzijnsreglementering richt zich echter in hoofdzaak tot werknemers en werkgevers en hiermee gelijkgestelde categorieën. Bepaalde hoofdstukken van de Welzijnswet hebben evenwel een ruimer toepassingsgebied. Zo zullen hoofdstuk IV, dat de bijzondere bepalingen betreffende werkzaamheden uitgevoerd door ondernemingen van buitenaf of door uitzendkrachten, bevat²⁵, en hoofdstuk V over de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen²⁶ beide ook op zelfstandigen van toepassing zijn. Een algemene regeling inzake het welzijn van zelfstandige arbeidskrachten op het werk ontbreekt echter. Dit ligt in de lijn van de beperkte arbeidsbescherming die een zelfstandige in het algemeen geniet. De zelfstandige zal zich moeten beroepen op zijn juridische vrijheid van arbeid om in zijn verhouding tot de opdrachtgever de nodige vrijheid af te dwingen om in menswaardige omstandigheden te werken. Het is echter maar de vraag of dit – wegens de vaak economische ondergeschiktheid van de zelfstandige ten aanzien van de opdrachtgever – in de praktijk ook altijd lukt. Het Europees Comité voor Sociale Rechten nam echter geen al te zware aanstoot aan de Belgische situatie omdat het aantal niet beschermde zelfstandigen (voornamelijk zelfstandigen zonder personeel die op de eigen werkplek voor zichzelf werken) blijkbaar vrij gering is.²⁷

²³ C. DENEVE, *Internationaal arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 318.

²⁴ *Parl.St.* Senaat BZ 1991-92, nr. 100-2/3°, 15.

²⁵ Art. 8 Welzijnswet.

²⁶ Art. 14 Welzijnswet.

²⁷ C. DENEVE, *Internationaal arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 319.

2. *Het recht op informatie en raadpleging (overleg)*

10. Naast de hoofdverantwoordelijkheid van de werkgever en de inbreng van deskundigheid wordt de welzijnsreglementering ook gekenmerkt door de betrokkenheid en participatie van de werknemers aan het welzijnsbeleid. Het hoeft allicht geen betoog dat in een materie die – zoals gezegd – zo nauw verwant is met de fysieke en psychische integriteit van de werknemers, hun stem voldoende weerklink moet vinden. Het recht op informatie, raadpleging en overleg, verankerd in de Grondwet²⁸ en in tal van internationale verdragen²⁹, vormt de juridische basis die deze betrokkenheid toelaat. Het recht op informatie verplicht de werkgever immers om bepaalde gegevens te communiceren op een zodanige wijze dat kennisverwerving omtrent de toestand van de onderneming of de gevolgen van een beslissing door de ontvangers mogelijk is. Raadpleging daarentegen veronderstelt een gedachtewisseling en de totstandkoming van een dialoog tussen werknemers(vertegenwoordigers) en werkgever.³⁰ Het recht op overleg is minder duidelijk en lijkt ook medezeggenschap te kunnen omvatten.³¹ In welzijnsaangelegenheden zijn vooralsnog vooral de rechten op informatie en raadpleging aan de orde.

11. De werknemersbetrokkenheid op ondernemingsniveau wordt in eerste instantie op onrechtstreekse wijze gerealiseerd, namelijk via werknemersvertegenwoordiging in een paritair overlegorgaan. Met het “comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen” (thans comité voor preventie en bescherming op het werk) dat in de naoorlogse periode werd ingesteld, koos de regelgever resoluut voor een afzonderlijk overlegorgaan op ondernemingsniveau in veiligheid- en gezondheidsmateries. Aldus opteerde men ervoor de werknemersbetrokkenheid in veiligheid los te koppelen van het overleg op het vlak van de productie- en arbeidsorganisatie, wat toevertrouwd werd aan het ‘algemene’ overlegorgaan op ondernemingsniveau, de ondernemingsraad.³² Deze keuze lijkt door de regelgever tot op heden nauwelijks tot niet in vraag te worden gesteld³³, hoewel

²⁸ Art. 23, derde lid, 1° Gw.

²⁹ Zo bv. in art. 21 HESH; art. 27 Handvest van de Grondrechten van de EU.

³⁰ J. PEETERS, “Overlegorganen in de onderneming: de concretisering van sociale grondrechten” in M. DE GOLS en M. RIGAUX, *Overlegorganen in de onderneming in Collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 9-13.

³¹ F. DORSSEMONT en A. VAN REGENMORTEL, “Het ‘recht op informatie en raadpleging’ in herstructurerings- en welzijnsaangelegenheden versus artikel 23 van de Grondwet” in G. VAN LIMBERGHEN en K. SALOMEZ (eds.), *Liber amicorum Maxime Stroobant*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 271-273.

³² M. RIGAUX, “De wetgeving m.b.t. de Comités V.G.V.: evolutie, toepassingsgebied en toepassing” in M. RIGAUX (ed.), *Werknemersinspraak in veiligheidsbeleid*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 17-18.

³³ Lees hierover ook bv. A. VAN REGENMORTEL, “Het Comité voor preventie en bescherming op het werk: vernieuwd of aan vernieuwing toe?” in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 6, Antwerpen, Intersentia, 2001, 781-782.

een belangrijk argument in het voordeel van een afzonderlijk overlegorgaan – met name specialisatie – sinds het toevertrouwen van bepaalde bevoegdheden van de ondernemingsraad aan het comité in kleine ondernemingen³⁴ mijns inziens aan belang heeft ingeboet. Bovendien kan men zich afvragen of welzijnsbeleid wel los kan worden gezien van het algemene ondernemings- en personeelsbeleid. Om meer integratie en samenwerking te bekomen, werden in de rechtsleer voor bepaalde welzijnsaangelegenheden reeds gemeenschappelijke vergaderingen van het comité en de ondernemingsraad bepleit.³⁵

Wanneer er in de onderneming te weinig werknemers³⁶ zijn tewerkgesteld om een comité op te richten, treedt een cascaderегeling in werking. In de regel wordt dan de vakbondsafvaardiging belast met de opdrachten van het comité.³⁷ In ondernemingen waar noch een comité, noch een vakbondsafvaardiging bestaat, nemen de werknemers zelf rechtstreeks deel aan de behandeling van vraagstukken met betrekking tot het welzijn op het werk.³⁸ Hiertoe werd een gedetailleerde procedure uitgewerkt³⁹ die in de praktijk helaas niet goed blijkt te functioneren. Men kan zich dan ook afvragen of België hierdoor niet in gebreke blijft zijn internationale (en vooral Europese) verplichtingen te vervullen.⁴⁰

3. *Het recht op collectief onderhandelen*

12. Het recht op collectief onderhandelen zoals gewaarborgd door de Grondwet⁴¹ en tal van internationale verdragen⁴² verwijst naar het proces waarbij de partijen na een grondige gedachtewisseling tot een in consensus gesloten overeenkomst trachten te komen.⁴³ Hoewel in principe niet uitgesloten, zijn collectieve onderhandelingen met het oog op het sluiten van CAO's in welzijnsaangelegenheden

³⁴ Art. 65bis tot 65undecies Welzijnswet.

³⁵ A. VAN REGENMORTEL, “Werknemersbetrokkenheid bij (te) hoge werkdruk” in K. REYNIERS en A. VAN REGENMORTEL, *(Te) hoge werkdruk: psychosociaal risico of economische dwangmatigheid? De limieten van het welzijnsrecht*, Opstellen arbeidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2015, 75.

³⁶ In principe minder dan 50 werknemers.

³⁷ Art. 52 Welzijnswet.

³⁸ Art. 53 Welzijnswet.

³⁹ Afdeling Vbis KB 27 maart 1998 betreffende het beleid inzake het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, BS 31 maart 1998.

⁴⁰ Zie i.h.b. wat de implementatie van Richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en gezondheid van werknemers op het werk (*Pb.L.* 183, 29 juni 1989), betreft: K. REYNIERS en A. VAN REGENMORTEL, “Bescherming van de onafhankelijkheid van de deskundigen in België” in J. POPMA en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Werknemersbetrokkenheid en inbreng van deskundigen in het kader van veiligheid en gezondheid op het werk. Een Belgisch-Nederlandse confrontatie*. Antwerpen, Intersentia, 2013, 426.

⁴¹ Art. 23, derde lid, 1° Gw.

⁴² Zo bv. art. 6 HESH; art. 28 Handvest van de grondrechten van de EU.

⁴³ J. PEETERS, “Overlegorganen in de onderneming: de concretisering van sociale grondrechten” in M. DE GOLS en M. RIGAUX, *Overlegorganen in de onderneming in Collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 14.

eerder zeldzaam. Volgens Marc RIGAUX⁴⁴ is dit onder meer te wijten aan de techniciteit van de materie en de beperkte onderhandelingsruimte van de sociale partners ten gevolge van het overwegend openbareordekarakter van het welzijnsrecht. Niettemin kwamen – voornamelijk in de schoot van de Nationale Arbeidsraad – toch enkele CAO's tot stand met betrekking tot welzijn op het werk, zoals CAO nr. 72 betreffende het beleid ter voorkoming van stress door het werk en CAO nr. 100 betreffende het voeren van een preventief alcohol en drugsbeleid in de onderneming.

4. *Het recht op sociale zekerheid en het recht op bescherming van de gezondheid*

13. Hoewel de Grondwet – zoals vermeld – het stilzwijgen bewaart omtrent een recht op veiligheid en gezondheid op het werk, vestigt artikel 23, derde lid, 2° van de Grondwet niettemin een *algemeen* recht op bescherming van de gezondheid. Uit de parlementaire voorbereiding⁴⁵ blijkt dat het individu uit deze bepaling een recht put tegen elkeen die zijn (lichamelijke en geestelijke) gezondheid schaadt. De band van dit recht met bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden en leefmilieu wordt daarbij evident geacht. Hieruit volgt dat welzijn op het werk ook beschouwd kan worden als een aspect van dit globale recht.⁴⁶

14. Daarnaast kan ook de link worden gelegd met het recht op sociale zekerheid. Vooral de professionele risicoverzekeringen zijn een noodzakelijke aanvulling op de welzijnsreglementering met het oog op het realiseren van menselijke waardigheid. De curatieve werking die van deze verzekeringen uitgaat heeft immers tot gevolg dat het slachtoffer van een arbeidsongeval of beroepsziekte vergoed zal worden wanneer het professionele risico zich voltrekt. Daarnaast moet ook gewezen worden op de vaak minder bekende preventieve werking die van tal van voorzieningen binnen deze verzekeringen uitgaat. Zo bijvoorbeeld de aangifte van arbeidsongevallen, de verwijdering van bedreigde werknemers uit het schadelijke werksmilieu en financiële prikkels tot preventie.⁴⁷

⁴⁴ M. RIGAUX, "Sociale dialoog, welzijn (en Belgisch) recht: de essentialia" in J. POPMA en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Werknemersbetrokkenheid en inbreng van deskundigen in het kader van veiligheid en gezondheid op het werk. Een Belgisch-Nederlandse confrontatie*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 65-68.

⁴⁵ *Parl.St.* Senaat B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°, 18.

⁴⁶ In dezelfde zin: F. DORSSEMONT en A. VAN REGENMORTEL, "Het 'recht op informatie en raadpleging' in herstructurerings- en welzijnsaangelegenheden versus artikel 23 van de Grondwet" in G. VAN LIMBERGHE en K. SALOMEZ (eds.), *Liber amicorum Maxime Stroobant*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 270.

⁴⁷ Voor een overzicht, zie A. VAN REGENMORTEL (red.), J. BUELENS, K. REYNIEERS, I. VAN PUYVELDE en V. VERVLIET, *Handboek Welzijn op het werk – Juridische aspecten*, Brugge, die Keure, 2015, 101-138.

5. *Internationale arbeidsnormen*

15. Tot slot kunnen ook de normen van de IAO niet onvermeld blijven. Het beschermen van werknemers tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten wordt in de preambule bij de IAO-constitutie dan ook uitdrukkelijk vermeld als één van de doelstellingen van de organisatie. Ter concretisering hiervan werden een 60-tal specifieke normen aangenomen. In vergelijking met andere grondrechtencatalogi zijn internationale arbeidsnormen concreter uitgewerkt en kunnen ze dan ook beschouwd worden als meer toegepaste grondrechten. DENEVE⁴⁸ onderscheidt binnen deze normen drie grote groepen.

Vooreerst zijn er de normen die tot doel hebben om de staten te stimuleren voor een veilige en gezonde arbeidsomgeving in de ondernemingen te zorgen. Conventie nr. 187 met betrekking tot een promotioneel kader voor veiligheid en gezondheid op het werk en de Aanbeveling nr. 197 van 2006, vormen binnen deze groep een kader waarin de krijtlijnen worden vastgesteld waarbinnen de verdragsluitende staten (in samenwerking met de sociale partners) concrete regelgeving met betrekking tot het verbeteren van de gezondheid en veiligheid op het werk zullen vaststellen. De conventie voorziet in het uitwerken van een nationaal programma met duidelijk te behalen doelstellingen en gesteund door de nodige infrastructuur. Allicht de belangrijkste norm voor de concrete invulling van het raamverdrag is Conventie nr. 155 van 1981 over de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk, later aangevuld met de Aanbeveling nr. 165. In deze instrumenten wordt een globale, multidisciplinaire aanpak van de risico's op het gebied van welzijn op het werk voorgestaan. Conventie nr. 155 beoogt de verdragsluitende staten in de mogelijkheid te stellen een volledig en coherent voorkomingsbeleid uit te werken. Men wenst dan ook af te stappen van bijzondere beschermingsregels en te streven naar een verbetering van het volledige domein van veiligheid en gezondheid op het werk en van het werkmilieu. Deze benadering getuigt van een andere aanpak van de veiligheidsproblematiek die zich in de jaren 70-80 van vorige eeuw ook op Europees en nationaal niveau manifesteert.

De tweede groep internationale arbeidsnormen heeft betrekking op de omgevingsfactoren (het gebruik van gevaarlijke stoffen zoals lood, asbest en de maatregelen met betrekking tot beroepsziekten) alsook op de bescherming van werknemers tegen de gevaren van machines.

Tot slot heeft een derde groep normen de bescherming in speciale bedrijfssectoren, zoals bouw, transport en metaal, tot voorwerp.

Ondanks de veelheid aan conventies en aanbevelingen met betrekking tot veiligheid en gezondheid op het werk, blijft de impact van deze normen op het

⁴⁸ C. DENEVE, "Van ARAB naar code via codex" in F. HENDRICKX, M. VAN PUTTEN, W. VANDEPUTTE en A. RAHMÉ (eds.), *Arbeidsrecht tussen wel-zijn en niet-zijn. Liber Amicorum Prof. Dr. O. Vanachter*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 216 e.v.; C. DENEVE, *Internationaal arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 169-175.

ationale recht eerder beperkt. Enerzijds heeft dit te maken met de ontstentenis van een juridische verplichting voor IAO-lidstaten om de conventies te ratificeren. Zo ratificeerde België Conventie nr. 155 pas in 2011 en werd de kaderconventie nr. 187 niet geratificeerd. Daarnaast speelt ook het zwakke sanctioneringsmechanisme bij niet-naleving van geratificeerde, internationale arbeidsnormen een rol.⁴⁹

IV. SLOTBESCHOUWINGEN

16. Ondanks het ontbreken van een formeel recht op welzijn op het werk in de Belgische Grondwet en in internationale verdragen, kon in deze bijdrage worden vastgesteld dat het welzijnsrecht wel degelijk kan worden teruggekoppeld naar grondrechten. Vanuit het matrixgrondrecht een menswaardig leven te leiden, komen – al naargelang het aspect van de welzijnsreglementering – het recht op billijke arbeidsvoorwaarden, het recht op veilige en hygiënische arbeidsomstandigheden, het recht op informatie, raadpleging, collectief onderhandelen, het recht op gezondheid en het recht op sociale zekerheid in het vizier. Vaak zal het echter een combinatie van rechten zijn. De opgesomde grondrechten betreffen allicht de voornaamste, maar zeker niet de enige. Door de ruime invulling van het concept ‘welzijn op het werk’ zullen bijvoorbeeld ook grondrechten met betrekking tot de bescherming van het leefmilieu in acht kunnen worden genomen. Ook zouden aspecten van privacy en eerbiediging van het gezinsleven beschouwd kunnen worden als bijdragend tot het welzijn van de werknemers.

17. Het zoeken naar de grondrechtelijke onderbouw van een regelgeving, is meer dan een interessante academische denkoefening. Marc RIGAUX⁵⁰ situeert het nut ervan terecht op meerdere vlakken. In eerste instantie geeft het een grotere legitimatie aan de arbeidswetgever. Het versterkt als het ware de arbeidsrechtelijke regel in zijn verhouding tot rechten met een meer economische inslag zoals de vrijheid van ondernemen en het ondernemingsbelang. Deze redenering gaat ook op voor welzijn op het werk: investeren in veiligheid en gezondheid vergt immers inspanningen, tijd en (financiële) middelen. Daarnaast dragen (sociale) grondrechten – aldus RIGAUX – ook bij tot de controle of bewaking van de essentie van het beschermde belang. Of sociale grondrechten werkelijk ook een bijkomende juridische bescherming bieden, wordt nogal eens betwist. Vaak worden deze rechten immers te onduidelijk en weinig precies geacht om er afdwingbare rechten uit te kunnen putten. De burger mag dan wel een grondrecht hebben, maar kan er zich in een geschil niet rechtstreeks op beroepen voor een jurisdictionele instantie. Nochtans mag de juridische draagwijdte van deze rechten niet te

⁴⁹ A. VAN REGENMORTEL (red.), J. BUELENS, K. REYNIERS, I. VAN PUYVELDE en V. VERVLiet, *Handboek Welzijn op het werk – Juridische aspecten*, Brugge, die Keure, 2015, nr. 55, 41.

⁵⁰ Zie bv. M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 223 en 225.

beperkt worden benaderd. In combinatie met een grondrecht dat wel rechtstreeks afdwingbaar is (zoals bv. het recht op gelijke behandeling) kan een sociaal grondrecht ook juridische gevolgen genereren en wordt het indirect afdwingbaar. Zou de hierboven geschetste problematiek van informatie en raadpleging van werknemers in welzijnsaangelegenheden in kleine ondernemingen ook niet benaderd kunnen worden vanuit de grondrechten in verband met welzijn op het werk in combinatie met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel? In de rechtsleer lijkt ook meer aandacht te ontstaan voor het *standstill*-effect van (bepaalde) sociale grondrechten, wellicht mede ingegeven vanuit de idee (of hoop?) dat deze een dam kunnen opwerpen tegen een verdere afkalving van de sociale bescherming. In die zin kunnen het recht op menselijke waardigheid en andere (sociale) grondrechten ook fungeren als doelstelling die door de overheid voor ogen moet worden gehouden wanneer zij haar beleid vormgeeft. Tot slot kan het ook een interpretatiestandaard zijn bij de invulling van open normen in regelgeving.

DE ZAAK SJOSTAKOVITSJ

Fernand TANGHE

Emeritus hoogleraar Universiteit Antwerpen

Voor Marc, zijn liefde voor Bach

26 januari 1936: Stalin, bij vlagen melomaan, woont in het Bolsjojtheater een opvoering bij van *Lady Macbeth uit het district Mtsensk*. Twee jaar reeds genoot de opera van Sjostakovitsj¹ grote bijval in diverse steden van de Sovjet-Unie; begin '36 liepen er drie verschillende producties in Moskou alleen. Voordien reeds had hij een opera gecomponeerd naar een novelle van Gogol: *De Neus*. Een indringende satire op de tijd van tsaar Nicolaas I, volgens S. Maar de absurdistische plot spoorde niet echt met de verwachtingen van de proletarische voorhoede: politiek irrelevant, luidde het; de complexiteit van de muziek kon evenmin applaus werven. Eind jaren 20 konden experimenten, mits ideologisch plausibel ingekleed, wel nog passeren. Proletarische kunstkritiek was nog het werk van 'basisorganisaties'; pas enige tijd later zouden kunstactiviteiten genormaliseerd worden middels officiële bonden. Maar, of het nu aan de raadselachtige intrige en de 'moeilijke' muziek lag dan wel aan politieke druk, na enkele opvoeringen verdween *De Neus* van de affiche. *Lady Macbeth* verging het anders. Het libretto, gebaseerd op een novelle van de 19de-eeuwse auteur Leskov, had ditmaal wel een herkenbare plot. De hoofdfiguur, de temperamentvolle Katerina Izmailova, gefrustreerd door haar provinciale omgeving en seksueel onbevredigd, vat een passionele liefde op voor een werknemer van haar man. Dat leidt achtereenvolgens tot moord op haar schoonvader en haar man, waarop beide minnaars naar een kamp in Siberië gestuurd worden. Daar merkt Katerina dat haar minnaar zich aangetrokken voelt tot een andere gevangene. Volgt een *unhappy end*: ze verdrinkt zichzelf, haar rivale meesleurend in de dood. Het libretto is een vrije adaptatie en wijkt nogal af van de novelle. S zet vooral het verstikkende en onderdrukkende in de verf van Katerina's omgeving, meer bepaald gesymboliseerd door de schoonvader, een koelak voor wie men slechts afkeer kan voelen. Dat ziet er politiek correct uit, gezien de campagne ter uitroeiing van de koelakken die op dat moment woedt.

¹ Verder in de tekst afgekort: S.

Gegevens over zijn leven en werk heb ik ontleend aan: L. FAX, *Shostakovich: a life*, Oxford University Press, 2000; E. WILSON, *Shostakovich: a life remembered*, London, Faber and Faber, 1994; A. ROSS, *The rest is noise*, New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2007.

Maar in de kern is de opera toch het relaas van een verterende passie, rauwe seks en moord inclusief; wat S niet belette openlijk sympathie te betuigen voor zijn hoofdpersonage, “een buitengewoon getalenteerde en intelligente vrouw”.

Stalin vertrok voor het doek viel. Twee dagen later verscheen een opruiend editoriaal in de *Pravda*, getiteld “Chaos in de muziek”. De opera werd aan de schandpaal genageld wegens de muzikale opaciteit, de schreeuwerige dissonanties, én het obscene van bepaalde scènes. Besluit aan het adres van de componist: “zijn spelletje zou weleens heel slecht kunnen eindigen”. Het zou tot 1963 duren voor de opera opnieuw kon worden opgevoerd in de Sovjet-Unie, na herhaalde vergeefse pogingen en dan nog met een gekuist libretto. Op dat moment was het *Pravda*-artikel vooral een startsignaal voor de grote terreurcampagne van de late jaren 30. Maxim Gorki, die gepleit had voor S bij Stalin, werd kort nadien vermoord; toneelregisseur Meyerhold, die met S had samengewerkt, en Isaac Babel werden gearresteerd en terechtgesteld; Osip Mandelstam kwam om in een gevangenenkamp. De terreur beperkte zich niet tot kunstenaarskringen. Verschillende familieleden van S werden gevangengezet of gedeporteerd. Tukhachevsky, een van de hoogste officieren van het Rode Leger maar tevens melomaan en beschermheer van S, werd van een complot tegen Stalin beschuldigd en zonder dralen gefusilleerd (S zelf, door de NKVD geconvoceerd om opheldering te geven over zijn band met hem, ontsnapte wellicht alleen aan arrestatie omdat het onderzoek strandde ... door de arrestatie van zijn ondervrager). Tenzelfdertijd zetten de Moskou-processen de liquidatie van de elite van de Oktoberrevolutie in scène.

Wat componisten betreft was de bedoeling van het *Pravda*-artikel duidelijk: ze in de pas doen lopen. Wat aardig lukte. Dat men S als doelwit nam was geen toeval: door het boegbeeld te treffen zou men al zijn aanhangers en discipelen tot volgzzaamheid dwingen. S legde toen de laatste hand aan zijn vierde symfonie. De uitvoering werd, gezien haar gedurfde karakter, belet; ze zou pas in 1961 in première kunnen gaan. Andere composities klasseerde S zelf, daar hij wist dat ze op censuur zouden stoten, verticaal; ook die zouden pas veel later aan uitvoering toekomen.

Na de inval van de nazi's werd kunstenaarsmiddelen wat meer ruimte gegund; het regime wou immers zo veel mogelijk krachten ronselen voor de “grote patriotische oorlog”. Maar de adempauze was van korte duur. Het gebulder der kanonnen was nog niet verstomd of partij-ideoloog Zjdanov teisterde de intelligentsia met een nieuwe normaliseringscampagne. Begin 1948 convoceerde hij een aantal componisten om de puntjes op de i te zetten: het *Pravda*-artikel uit 1936 bleef onverminderd gelden. Toch had weer eens een contraire stroming de kop opgestoken. Formalisme was de naam van de kwaal. Haar adepten hadden alleen oog voor de individualistische experimenten van een klikje estheten, nieuwlichters die het klassieke erfgoed van eigen bodem te min achtten en volksvreemde

muziek verzonnen, giftige vruchten van een kosmopolitisme zonder wortels (die term viseerde in feite de Joden, in die dagen ook al een doelwit geworden voor het regime). Daartegenover stond een andere, gezonde, progressieve stroming, één die waarheidsgetrouwe muziek voortbracht, organisch verbonden met het volk, realistisch en tegelijk idealistisch, moreel gedreven. Op haar moesten alle krachten worden ingezet, want ze beantwoordde aan de eisen van het socialistisch realisme. Het regime beschikte immers ook over een heuse kunstfilosofie. Ze behelsde een vrij eenzijdig realisme, letterlijk zelfs: kunstenaars dienden een realistisch maar tegelijk heroïsch beeld op te hangen van het leven in een socialistische maatschappij, in eenklank met de uitbouw ervan. Op het concept, ontstaan met de machtsvername van Stalin, zat aanvankelijk nog wat rek; Boekharin pleitte op het schrijverscongres in 1934 voor een ruime invulling: kunst moest ook plaats bieden voor tragedie en onverzoenbaar conflict, voor dilemma en nederlaag; maar hij zou weldra geliquideerd worden. Op het terrein van de literatuur, al richtte het ook daar ravages aan, kon men zich bij socialistisch realisme nog wel iets voorstellen, het verschaft een begrijpelijke norm. Maar op het terrein van de muziek? Wat is dat, muziek die tot heldhaftige inzet aanspoort? Alleszins, volgens Zjdanov, geen introverte of psychologiserende zoals de achtste symfonie van S bijvoorbeeld: die staat bol van pessimisme en ongezond individualisme, geeft bovendien een verwrongen beeld van de Sovjet-realtiteit. Muziek moet optimisme uitstralen en de massa aanspreken, toegankelijk zijn, makkelijk in het geheugen blijven hangen, dus melodius en traditioneel qua stijl. Ietwat complexe muziek componeren volstond om als formalist gedoodverfd te worden. Dat had ook (kleinburgerlijk-)moraliserende implicaties: niet alleen het apolitieke werd geweerd, gebrek aan morele verheffing, het vulgaire, groteske, 'lelijke' werden evenmin geduld. Het materiaal zou men putten uit het erfgoed van de volksmuziek en, wat klassieke muziek betreft, uit het romantische repertoire van eigen bodem.² Uit de 19de eeuw overgeërfde vormen als symfonie en opera werden gerehabiliteerd, maar op voorwaarde dat ze conform de officiële ideologie van het regime waren en, wat de eerste betreft, dat ze een programma behelsden – absolute muziek was verdacht. Vocale muziek eiste alleszins voorrang, meer bepaald strijdliederen, cantates, koorwerken. Muziek met tekst liep dan weer het risico niet ideologisch correct bevonden te worden, vooral wanneer ze, zoals de opera *Macbeth*, het parfum van het decadente, kapitalistische Westen uitwasemde. Hoe dan ook, om welk genre het ook ging, individualistische en formalistische excessen werden niet geduld, in alle, *dixit* Zjdanov, moesten democratische en 'authentiek' realistische vormen de bovenhand krijgen. De visie was simplistisch, zeker:

² Het obligaat optimisme inherent aan socialistisch realisme impliceerde de versmelting van volks- en ernstige muziek in een progressistisch, toekomstgericht idioom, maar het gevolg was dat de eerste van zijn kleur beroofd en de laatste gebanaliseerd werd. Dat optimisme had soms bizarre effecten: zo ontstond de manie om de laatste twee bewegingen van Tsjajkovski's *Pathetische symfonie* in omgekeerde volgorde uit te voeren (R. SCRUTON, *The aesthetics of music*, Oxford University Press, 1997, 188, 470).

muziek was een louter ideologisch werktuig, esthetische waarden en beleving telden niet mee. Maar dat deerde niet, integendeel: daardoor juist kon ze als wapen dienen tegen al wie *geacht werd* af te wijken van de juiste lijn. In naam van het socialistisch realisme werden een aantal componisten monddood gemaakt en een hele rij werken verboden. Zo kwamen van S onder meer zijn zesde, achtste en negende symfonie op de zwarte lijst.

In de dagen volgend op de diatribe van Zjdanov ziet hij zich dus weer eens genoopt zijn autokritiek te formuleren. Inmiddels zo vertrouwd geraakt met het stalinistische jargon, zijn tics en pedanterieën, steekt hij zijn criticasters naar de kroon in het gebruik ervan; hij lijkt wel katholieker dan de paus. Zijn autokritiek is in zo'n voorbeeldige papegaaientaal gegoten dat ze lachwekkend wordt en moeilijk anders dan als een parodie kan overkomen. Wat zijn werk betreft, geeft hij toe, divergeren subjectieve intentie en objectief resultaat, maar hij zal zich voortaan inspannen om melodieuze, toegankelijke muziek te maken, begrijpelijk zowel qua ideologische inhoud als qua muzikale taal en vorm. Hij zal program-mawerken componeren die het Sovjetvolk beelden van zijn heldhaftige verleden en zijn tegenwoordige inzet voorhouden. Hij belooft gebruik te zullen maken van volksmuziek, werken te schrijven die organisch verbonden zijn met de kunst van het volk, waarvan dat volk bijgevolg zal houden, enzovoort. Hij onderschrijft ten slotte de behoefte aan (door Zjdanov opgelegde) "*peer evaluation*" (!).

S was niet de enige die gevisieerd werd; sommigen kregen het erger te verduren. De houding van het regime tegenover S was ambivalent. Aan de ene kant was hij ideologisch verdacht: hij was onvoorspelbaar en liet zich niet inpakken, hij had een verderfelijke invloed op collega's-componisten. Daartegenover stond dat hij, gelet op zijn internationale prestige, als paradepaardje van het regime kon worden opgevoerd in de buitenwereld. Begin '49 kreeg hij een telefoontje van Stalin: wou hij deel uitmaken van de Russische delegatie op het Vredescongres in de VS? "Het vervelende is", antwoordde S, "dat al mijn symfonisch werk in de VS wordt uitgevoerd terwijl het hier verboden is." Stalin reageerde verwonderd en liet enkele dagen later het verbod illegaal verklaren. In de praktijk veranderde dat weinig aan de situatie ter plekke, maar inmiddels vertrok S naar New York met als opdracht er het socialistische realisme en het muziekbeleid van het regime te verdedigen. Zijn speech, buiten zijn toedoen geprepareerd, werd door een tolk voorgelezen, terwijl S heen en weer schoof op zijn stoel en zenuwachtig aan zijn bril prutste. Een pijnlijk spektakel.

Door omstandigheden of door anderen vaak gedwongen dingen te zeggen die hij niet geloofde, was S toch geen principiële dissident of tegenstander van het socialisme. Hij wou alleen over de nodige vrijheid kunnen beschikken om zijn eigen ding te doen. Begin jaren 30, voordat het socialistisch realisme definitief het pleit won, kon hij nog pleiten voor een minder summiere visie. Openlijk verklaren

bijvoorbeeld dat hij het verwijt van formalisme, alleen omdat muziek complex en niet meteen begrijpelijk is, onzinnig vond, evenals de suggestie dat alleen vocale muziek inhoud zou hebben of dat er zoiets als proletarische componisten zou bestaan. Toen de destalinisatie inzette, achtte hij dat opnieuw mogelijk, zij het ditmaal verpakt als pleidooi voor een ruimere invulling van het socialistisch realisme. Doordat het, met betrekking tot muziek althans, zo vaag en onsamenhangend was, kon het immers, evenzeer als een werktuig van de censuur, een defensief wapen zijn ertegen: veel hing af van de krachtsverhoudingen tussen betrokkenen. Nu Stalin gestorven was, achtte S het moment gekomen om te betogen dat socialistisch realisme geen synoniem mocht zijn met uniformiteit en blinde navolging, ruimte moest bieden voor gedurfde vernieuwing, scheppingsvrijheid en recht op onafhankelijkheid. Dat was kennelijk nog te vroeg. In 1958 erkende het Centraal Comité van de partij weliswaar dat het verwijt van formalisme aan het adres van componisten als S en Prokofiev onterecht was, maar tegelijk bleven socialistisch realisme en antiformalisme als dogma's gehandhaafd. Chroesjtsjov zelf zag enkel heil in "melodieuze muziek die het gevoel aanspreekt". Hij had een hekel aan kakofonie, zei hij, en vond het maar niets dat S hem op een keer had laten kennismaken met jazzmuziek; ze deed hem walgen, hij kreeg er maagpijn van.

Zonder daarom een reactionair of vijand van het socialisme te zijn, kon S niet verbergen dat hij op een andere golfleengte zat dan het regime. In dat opzicht beging hij flater na flater. Een blunderboek met veel hoofdstukken. Zijn vijfde symfonie (1937) was het zwakkere broertje van de afgevoerde vierde: eenvoudiger, maar dat zou ze juist toegankelijker maken en aanvaardbaarder voor het regime, dacht S. De première eindigde met een tumultueus applaus dat meteen geïnterpreteerd werd als georkestreerd protest en uitdaging van dat regime. Voor sommigen was de symfonie een *bildungsroman* met optimistische eindnoot, anderen lazen er echter het wilskrachtige en onbuigzame antwoord in van S op zijn critics; uitvoering ervan werd schoorvoetend geduld, wegens het succes bij het publiek. De zesde symfonie (1939) zou Lenin als thema hebben, vertrekkend van een gedicht van Majakovski, had S op voorhand aangekondigd. In het eindresultaat bleef daarvan niets overeind; ze kwam naderhand op de zwarte lijst.

Zijn zevende (1942) was weliswaar een schot in de roos, maar in dat opzicht ook de uitzondering in zijn omvangrijke symfonisch oeuvre. De invasie door nazi-Duitsland leidde weldra tot een beleg van Leningrad, een beleg dat 900 dagen zou duren en talloze slachtoffers maakte. S meldde zich als vrijwilliger maar wegens zijn myopie kwam hij niet aanmerking voor actieve dienst, hij kwam bij de brandweer van het conservatorium terecht. Een foto van hem, in uniform op het dak van het gebouw en met de brandweerslang in de hand, trok samen met zijn 'Leningrad-symfonie' de wereld rond. De titel verbond de symfonie met het beleg van de stad en alle connotaties die dat opriep. Maar ze sloot ook een duidelijk programma in: S wou via de muziek de invasie door een barbaarse veroveraar

evoceren (een minutenlang obsederend crescendo) maar tegelijk de uiteindelijke nederlaag van het fascisme aankondigen. Zo stelde hij het tenminste voor en zo werd het ook door het publiek gepercipieerd: als een oorlogs- en propaganda-symfonie. Voor de première in Leningrad werden speciaal muzikanten van het front teruggeroepen en de uitvoering werd via luidsprekers uitgezonden richting vijandelijke linies, nadat deze eerst gebombardeerd waren; kwestie van de belegeraars te demoraliseren. De symfonie werd bovendien, samen met haar auteur, op korte tijd symbool van de geallieerde strijd. Via een ingewikkeld traject kwam de partituur in New York terecht, waarop de beroemdste dirigenten in de VS meteen gingen wedijveren om de eerste uitvoering – uiteindelijk haalde Toscanini het. Dat de foto van S als brandweerman daags nadien op de cover van *Time* prijkte, versterkte nog het propaganda-effect. Met zijn achtste symfonie (1943) verloor S echter opnieuw punten: ze klonk neerslachtig, terwijl men, met de nederlaag van de nazi's in zicht, een zegesymfonie verwacht had. Té deprimerend. De negende (1945) loste die verwachting evenmin in, gezien haar ironiserende en badinerende karakter. Té frivol.

In 1948 voltooide S een liederencyclus gebaseerd op Joodse volksmuziek. Dat kwam aan de wens tegemoet om zich op volksmuziek te inspireren maar hij had op de verkeerde groep gemikt. Het moment was slecht gekozen nu een golf van antisemitisme opstak; hij zag tijdig in dat hij beter kon wachten met publicatie. In die dagen van zjdanovisme hield hij zich ook verre van symfonisch werk. Zijn tiende symfonie zag pas het licht na Stalins dood (1953). Gelet op de schuchtere aanzetten tot liberalisering dacht S het zich te kunnen veroorloven om er uitdrukking in te geven aan de breuk met het recente verleden. De kritiek luidde echter onverminderd: te weinig optimistisch, geen positieve boodschap, geen programma, te moeilijk, te introvert. De 13de symfonie, ten slotte, een vocale, gebruikmakend van gedichten van Evtusjenko met als thema antisemitisme, werd verweten dat ze eenzijdig het lot van de Joden in de oorlog benadrukte, meer bepaald in de evocatie van de slachting van Babi Yar, en dat van de Russen veronachtzaamde. Uitvoering werd ontmoedigd maar niet verboden. Dat was in 1963: inmiddels was S voor Chroesjtsjov een troef geworden in zijn poging om het kapitalistische Westen te overtreffen, zijn positie was nu vrij onaantastbaar.

BEELDJES, PLAATJES, PRAATJES

Socialistisch realisme was een naïeve variant van de representationistische visie op muziek. Met die afstotende term bedoel ik de opvatting dat muziek, zoals taal, naar een andere realiteit verwijst, die representeert, reproduceert, weergeeft, weerspiegelt, imiteert, tot uitdrukking brengt, en dergelijke meer. Dat is vatbaar voor diverse formuleringen.

In de meest ‘consequente’ formulering is muziek een taal die equivalent is met de gewone taal, structureel vergelijkbaar, een soort verdubbeling ervan. De doorwerking van thema’s in sonate of symfonie bijvoorbeeld is de pendant van wat de logische voortgang is in een redenering. Resultaat: een wildgroei van nep-analogieën. Een sonate is geen pleidooi, een symfonie geen exposé. Thema’s in muziek en ideeën in een redenering zijn twee. Een redenering vereist logische ordening van de gedachten, ze moet coherent zijn en tot verantwoorde conclusies leiden, mag zichzelf niet tegenspreken. Muziek is niet gebonden aan regels van logica of retoriek, hoeft geen ideeën te accorderen, ze trekt geen besluit, velt geen oordeel, waar of vals. Muziek communiceert geen kennis of waarheid, ze wekt betovering. Daarom ook is herhaling zinvol in muziek, terwijl ze overbodig en storend is in een uiteenzetting. In muziek is herhaling nooit zonder meer herhaling, tegelijk brengt ze een andere belichting, een supplement aan zin: in en door de herhaling ontdekken vertolker en luisteraar nieuwe verbanden in de muziek, subtiële correspondenties, diepere betekenis. Een uiteenzetting daarentegen verheldert een begrip of argumenteert een stelling. Dat vereist een dialectische voortgang der ideeën, een rechtlijnig patroon: wat gezegd is, is definitief, één enkele keer volstaat. Twee keer hetzelfde zeggen in een wiskundige bewijsvoering, een filosofisch vertoog, een handboek zelfs is louter storende redundantie.³

Muziek is niet bedoeld om informatie door te geven, ze als taal karakteriseren schept verwarring. Ze behelst weliswaar regels maar dat zijn andere dan grammaticale. Ze zijn niet strikt prescriptief maar worden, doorgaans *post factum*, afgeleid uit een muzikale traditie en verlenen geen greep op de toekomst: wat aanvankelijk uit vondsten bestond evolueert tot gebruikelijke praktijken die ten slotte in regels veralgemeend worden (de ‘wetten’ van de harmonie bijvoorbeeld); maar deze liggen nimmer vast, ze zijn altijd voorlopig en worden steeds weer ondergraven door afwijkende experimenten. Overigens zijn het niet die regels die een muziekstuk boeiend maken maar de uitzondering, het onverwachte en verrassende.⁴

Wie muziek als taal bestempelt, doet dat met de intentie haar rijkdom te benadrukken, maar bewerkstelligt juist het tegendeel. Zo wordt weleens beweerd dat muziek een universele taal zou zijn, maar als ze, inderdaad, iets universeels heeft, in termen van beleving, dan is het omdat en voor zover ze geen taal is. Muziek is universeel omdat haar betekenis losstaat van verwijzing naar een buitenmuzikale realiteit: ze representeert die niet, ook niet in de zin van een cryptische uitdrukking van een waarheid van dingen of mensen en hun zielstoestanden die vertaald kan worden in gewone taal; noten zijn geen sonore hiërogliefen. Muziek heeft het over niets, stelt niets voor. Ze is universeel in de zin dat ze geen vertaling behoeft

³ Vladimir JANKELEVITCH, *La musique et l'ineffable*, Paris, Editions du Seuil, 1983, 25 e.v.

⁴ SCRUTON, *o.c.*, 202, 210, 467.

omdat er niets te vertalen valt.⁵ Dat wil niet zeggen dat ze irreëel is of dat ze louter de illusie wekt van een ideale wereld die tegenover de reëel bestaande staat. Muziek is een singuliere realiteit die weliswaar co-existeert met de alledaagse maar er tegelijk vreemd aan is, onverschillig ervoor. Ze staat los van elk model, herhaalt niets dat haar voorafgaat, bericht niet over iets anders dan zichzelf, en daarom juist fascineert ze: ze verrast, overvalt, overweldigt, breekt binnen in het alledaagse en zet het buitenspel. En we genieten ervan zonder reden, want er is geen boodschap. Maar in die zin is muziek ook 'eenduidiger' dan de alledaagse realiteit: deze steekt vol dubbelzinnigheden, is doelwit van allerlei interpretaties en perspectieven, terwijl de eigenzinnige realiteit van muziek de luisteraar 'aangrijpt' zonder hem de tijd te gunnen om een gezichtspunt of repliek te vormen. Dat eigenzinnige uit zich ook in een andere tijdservaring: de tijd van de muziek en de psychologische tijd verlopen weliswaar gelijktijdig, maar in de ervaring van wie muziek beluistert is de eerste een perfect geordende die het vluchtige van de laatste supprimeert.⁶

Ontbeert muziek dan elk uitdrukkingsvermogen? Zeker niet. Maar ze is niet expressief in de zin dat ze een echo of emanatie is van wat zich afspeelt buiten haarzelf, ze is het omdat ze een singulier object is dat enkel zichzelf uitdrukt. Ze is expressief en inexpressief tegelijk, het ene omwille van het andere. En omdat ze niets betekent kan men ze '*après coup*' van alles doen betekenen, om het even wat 'in de mond leggen': ze zal niet protesteren. Doordat ze tegelijk expressief en inexpressief is leent ze zich tot oeverloze commentaar, men kan er van alles bij verzinnen, koddige vertelsels zowel als etherisch-metafysische bespiegelingen.

En vocale muziek dan? 'Zeggen' tekst en muziek hier niet hetzelfde, refereren ze niet aan eenzelfde realiteit? Vocale muziek combineert twee kunstvormen, muziek en literatuur/poëzie, die hooguit tijdruimtelijk samenvallen in de uitvoering. De eerste staat niet in dienst van de tweede of vice versa, er is geen intrinsiek verband tussen beide: dezelfde religieuze teksten zijn op de meest uiteenlopende wijzen op muziek gezet, de aria's van Mozarts opera's zijn geen vertaling van de libretti et cetera. Eenzelfde tekst leent zich tot een veelheid van onvoorspelbare muzikale 'interpretaties', eenzelfde muziek kan een even onvoorspelbare veelheid

⁵ Ze heeft geen behoefte aan een interpretator in de zin van iemand die haar betekenis ontsluit door ze te vertalen: niet toevallig is interpreteren in het muziekjargon zonder meer synoniem met vertolken, uitvoeren, *i.e.* de noten ten gehore brengen die neergeschreven zijn in de partituur.

⁶ C. ROSSET, *L'objet singulier*, Paris, Editions de Minuit, 1979, 59 e.v. Een muziekstuk kan weliswaar fragmenten van de gewone tijd oproepen, bijvoorbeeld situaties in herinnering brengen waarin men dat stuk al eerder gehoord heeft. Maar dat is geen muzikaal effect: het muziekstuk heeft *in casu* een louter katalyserende werking, brengt een reactie tot stand tussen termen die beide van extramuzikale orde zijn; met andere woorden geen confrontatie van twee soorten tijd en realiteit maar van twee momenten van eenzelfde, buitenmuzikale realiteit, tussen het ik van toen en het ik van nu (p. 69).

aan teksten begeleiden. Men kan onmogelijk voorzien welke melodie een componist zal creëren bij een gegeven gedicht; en op basis van de melodie alleen kan men onmogelijk het gedicht reconstitueren. Muziek representeert geen andere realiteit, dus ook geen tekstinhoud; die is louter aanleiding voor de muziek om zichzelf te zijn. Ze kan weliswaar overkomen als geschikte begeleiding van de tekst van een gedicht, psalm of libretto (al komen daar ook conventie en subjectieve factoren bij kijken): men heeft het zekere gevoel dat ze ‘past als gegoten’ bij de tekst, dat ‘het klikt’ en dergelijke. Maar dat is iets anders dan de eenduidige uitdrukking van een betekenis. De muziek die een ruzie tussen geliefden begeleidt in een opera kan, apart beschouwd, misschien evengoed doen denken aan een natuurramp. En hoe zou het polyfone sextet in Mozarts *Don Giovanni* de gevoelens van de diverse personages kunnen weergeven?⁷ Muziek accordeert hoogstens op algemene en indirecte wijze met een tekst, niet door de woorden op de voet te volgen maar door het geheel van een zeker klimaat te voorzien. Vaak vindt men muziek trouwens juist bijzonder geschikt wanneer ze helemaal niet overeenstemt met de door de woorden opgeroepen realiteit, contrasteert met wat zich op scène afspeelt, zoals in Mozarts opera’s of *Carmen* van Bizet – Mozart schreef in een brief aan zijn vader dat de muziek steeds moet charmeren, ook al druipt de corresponderende tekst van droefheid of wanhoop.⁸ Filmmuziek illustreert dat ook: vaak klinkt ze overtuigend omdat ze contrasteert met wat de beelden laten zien, wanneer bijvoorbeeld S in een film over de Parijse Commune opgewekte muziek van Offenbach gebruikt om de executie van communards te begeleiden. Filmmuziek kan zich ironisch of distantiërend verhouden tot de beelden, de plaats innemen van een personage dat op beeld niet te zien is, zijn verborgen intenties suggereren (bv. in Hitchcocks *Shadow of a Doubt*, de getormenteerde psyche van een seriemoordenaar via sinistere variaties op de wals uit *Die lustige Witwe*). Maar die narratieve ‘efficiëntie’ is te danken aan combinatie met een andere kunstvorm; los van de beelden zou de muziek ons niet op die wijze aanspreken.

Narratieve efficiëntie: dat ligt vooral adepten van programmamuziek na aan het hart. Historische evenementen, levensgeschiedenissen, scènes uit het dagelijkse leven: zelfs louter instrumentele muziek zou dat allemaal kunnen vertolken. De *Alpensymphonie* van Richard Strauss bijvoorbeeld is het relaas van een dagwandeling in de bergen. Zonder de toelichting van de componist zouden we daar niets van vermoeden; we kunnen er ons ook een heel ander verhaal bij inbeelden zoals de vagebondages van onze kat in de loop van eenzelfde etmaal. Neem, van dezelfde componist, *Don Quixote*: wie zou denken dat de muziek naar het leven van die literaire held ‘verwijst’ ware het niet van de titel? Idem dito voor

⁷ R. SCRUTON, *o.c.*, 130, nr. 366. Monteverdi, die het genre van de opera tot een eerste hoogtepunt bracht, sprak van *stile rappresentativo*, waarmee hij bedoelde dat de muziek moet ‘overeenstemmen’ met de motieven en passies van de acteurs, riep hierdoor een nieuw misverstand, met duurzame gevolgen, in het leven omtrent de aard van muziek (p. 119).

⁸ ROSSET, *o.c.*, p. 68.

autobiografische muziek: geen dagboek toch! Muziek vertelt niet, net zomin als ze redeneert; ze brengt al evenmin reportages en portretten als logische besluiten voort. De ‘band’ tussen programmamuziek en haar onderwerp bestaat enkel bij de gratie van begeleidende (buitenmuzikale) titel en commentaar. Volgens Liszt, die grossierde in dat genre, moet men het programma kennen om de muziek te ‘begrijpen’. Men moet dus op de hoogte zijn van het leven van de dichter Tasso om het gelijknamige symfonisch gedicht van Liszt te begrijpen. Maar maakt het ons iets wijzer omtrent dat leven, zelfs omtrent fragmenten ervan? Muziek kan dergelijke onderwerpen, in hun concreetheid, niet weergeven. Overigens zegt de meeste muzik liefhebbers, zeker hedendaagse, zelfs de naam Tasso niets. Kunnen ze daarom de muziek van Liszt niet smaken of ervan genieten? In deze materie is spraakverwarring legio: het is niet omdat een componist zich door een onderwerp laat inspireren dat hij het in zijn muziek kan representeren, of dat de luisteraar het erin zou moeten herkennen. Meer dan eens trouwens worden titels pas bedacht als de compositie af is. Verhaal en titel zijn in het beste geval een succesvolle truc om de aandacht van de luisteraar voor de muziek gaande te houden.

Een meer bescheiden variant van representationisme, naast die ‘pittoreske’, neemt vrede met beschrijving van gevoelens alleen: de betekenis van muziek situeert zich niet in het register van de *storytelling*, ze verhaalt geen gebeurtenissen, schildert geen landschappen of situaties, ze is een taal die toegang biedt tot de wereld van gevoelens en passies, ze ontsluit de affectieve intimiteit van haar schepper. Dat klinkt voor velen wellicht vanzelfsprekend. Maar dat een muziekstuk ingegeven is door gevoelens van de componist op het moment dat hij het neerschrijft (wat verre van steeds het geval is), betekent nog niet dat het die gevoelens in concreto kan weergeven. Gevoelens hebben steeds een bijzonder object, zijn gerelateerd aan specifieke motieven en oorzaken, verbonden met aanwijsbare, gelukkige of tragische, omstandigheden. Muziek kan dat niet oproepen. Als ze al gevoelens uitdrukt, dan is dat toch in zeer algemene zin, zonder betrekking tot iets in het bijzonder, en beperkt het zich tot een kleine set: vreugde, droefheid, onrust ... Muziek kan tot op zekere hoogte de dynamiek van het gevoelsleven weerspiegelen, zijn patronen van spanning en ontspanning, van beweging en rust, maar zegt niets over wat gevoelens concreet bezielt. En muziek kan hevige emoties wekken bij de luisteraar, zeker, maar dat is iets anders dan emoties weergeven of beschrijven.

Representationisme kan ten slotte een hoogst abstracte vorm aannemen: muziek verwijst dan niet langer naar tastbare realiteiten maar naar een transcendente dimensie. Als boodschapper van een hogere, supra-empirische orde die ons begripsvermogen te boven gaat, is ze in staat om te representeren wat als zodanig onzegbaar is (daarom ook heeft ze geen behoefte aan woorden). Ze geeft ons voeling met het buitenwereldse, is dus wars van aardse beslommingen: muziek als opvolger of surrogaat van religie, een typisch product van de 19de-eeuwse

romantiek. Die visie wordt merkwaardigerwijze verdedigd door componisten die tegelijk programmamuziek promoten. Daar is een uitleg voor. Vanaf de late 18de eeuw ontsnappen componisten steeds meer aan de greep van religieuze en politieke bevoogding, de tijd is voorbij dat muziek een door Kerk en Hof gedicteerde sociale functie vervult. Componisten gaan zichzelf zien als zelfstandigen die zich uitsluitend toeleggen op het scheppen van een kunst waarvan ze tegelijk de autonomie benadrukken. Maar ze beseffen ook dat die emancipatie maar mogelijk werd doordat ze ingebed was in een veel ruimer, sociaal-politiek ontwikkelingsproces. Dientengevolge zijn ze geneigd zich daarmee te vereenzelvigen, ze vormen zich een aan het ideeëngoed van de verlichting ontleende overtuiging, engageren zich om die ook via hun muziek te verkondigen. Muziek wordt het vehikel van diverse geloofsbelijdenissen: liberale, nationalistische, progressieve. In feite was die muziek enkel met hun overtuiging verbonden via ‘metamuzikale’ intentieverklaringen waardoor ze zich hooguit als burger afficheerden, niet als kunstenaar. Die verklaringen konden echter reacties van de officiële censuur oproepen, desgevallend werd dan samen met de verklaring ook de muziek gecensureerd – de censoren deelden immers hun geloof dat muziek een ideologische boodschap bevat; ook de waakhonden van het socialistisch realisme zouden daar nog van uitgaan. Een manier om censuur te omzeilen was alternatief gebruik van de abstract-transcendente visie op muziek. Zo werd die tevens een vorm van zelfverdediging: als censoren politieke intenties of verbanden met politieke toestanden bespeurden in een muziekstuk, dan was het omdat ze zich blindstaarden op de oppervlakkige schijn, ze ontbeerden de competentie om door te dringen tot de ‘reële’, diepere, buitenwereldse betekenis ervan. Programmamuziek kon dan ineens iets heel anders zijn dan ze leek: zo verklaarde Liszt dat zijn Revolutionaire Symfonie allerm minst concrete gebeurtenissen viseerde maar revolutie *in abstracto* en het corresponderend gevoel; een platoonse essentie dus.⁹

S HERBEKEKEN

In de 20ste eeuw werd de politisering van muziek ten top gedreven. Die politisering betrof vooral muziekstijlen; ze werden als embleem van een of andere politieke stellingname gepromoot. Pikant detail in dit verband: voor Adorno was de dodecafonie van Schönberg de enige revolutionaire muziek, voor het socialistisch realisme was ze synoniem met westerse decadentie, volstrekt onverenigbaar met revolutionaire doelstellingen; beide redeneerden in eenzelfde perspectief maar kwamen tot diametraal tegengestelde conclusies. Het illustreert nog eens dat de boodschap die de muziek geacht werd te vertolken vooral uit metamuzikale statements bestond, akten van geloof die de ideologische voorkeuren van componisten

⁹ L. GOEHR, “On the Politics of Musical Interpretation” in M. KRAUSZ (ed.), *The Interpretation of Music*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 177-190.

verwoordden; het had weinig te maken met een discursieve of narratieve vertaling van de boodschap in en door de muziek zelf. En terwijl componisten, om die boodschap (waarvan de teneur overigens verre van steeds progressief was) uit te dragen, overheidsfuncties gingen bekleden of bij politieke bewegingen aansloten (vb. bij uitstek: Eisler), werd de politisering van muziek aangewakkerd en gemanipuleerd door totalitaire regimes van rechts en links.

Hoe stond S tegenover dat alles? Het representatieve karakter van muziek, haar narratieve vermogen, ideologische teneur, de consistentie van programmamuziek: geloofde hij in die zaken? De beschikbare documentatie wijst in de richting van een positief antwoord. Hij was alleszins geen uitgesproken tegenstander van dat representationisme. Soms beperkte commentaar bij zijn composities zich tot laconieke uitspraken, in de trant van “de muziek spreekt voor zichzelf”. Dat wel, maar dat lag aan een ongunstige politieke conjunctuur; zodra die het toeliet liet hij zich breedvoerig uit, in artikels, interviews, over inhoudelijke betekenis en bedoeling ervan (cf. zijn commentaar bij de 7de symfonie: een heuse roman). Zodoende gaf hij zelf voeding aan allerlei speculaties. Velen meenden dat hij zich geregeld van geheimtaal bediende om de censuur te misleiden omtrent ware bedoeling en inhoud. Als een symfonie een programma insloot, werd heren der gespeculeerd of er geen ander achter schuilging; was het ware thema van zijn 12de symfonie niet verborgen onder het ogenschijnlijke: de mislukte revolutie van 1905, de recente Boedapest-opstand? Men ontdekte dus allerlei dubbele bodems in zijn muziek, al waren die louter afgeleid uit metamuzikale, door politieke omstandigheden gekleurde verklaringen (inclusief, in brieven aan vrienden, ontboezemingen over zijn gemoedstoestand). Ook als S helemaal niets verklaard had; anderen deden het voor hem ... Maar had hij daartoe, door zijn verklaringen op andere momenten, niet zelf aanleiding gegeven? Dat hij veel ballet-, toneel- en filmmuziek heeft geschreven, met andere woorden in grote mate heeft bijgedragen tot hybride kunstvormen die een verhaal brengen en waarin prioritaire aandacht naar het ‘programma’ gaat, versterkte nog de indruk dat hij vanzelfsprekend in een representatieve equivalentie van muziek en tekst of beeld geloofde. En al benadrukte hij bijwijlen dat er geen een-op-een-relatie bestond tussen die termen, het belette de waakhonden van het socialistisch realisme niet hem te verwijten dat sommige van zijn composities in dat hybride genre verraad pleegden aan de inhoud. Dan was er natuurlijk nog de opera; de tribulaties rond *Macbeth* leerden hem evenwel het gevaar van dat genre, nooit meer zou een opera van zijn hand het licht zien.

Voorts maakte iets waarin S zich bijzonder talentvol toonde hem nog kwetsbaarder. Muziek, al is het op één hoop gooien ervan met taal voor veel kritiek vatbaar, heeft soms een sterk evocatievermogen, onder meer middels citaten, *i.e.* het verwerken in een compositie van fragmenten uit muziek van andere componisten, bekende melodien, volksmuziek en dergelijke. Strikt genomen gaat het om autoreferentie, binnen de muziek zelf, maar het geciteerde is ontstaan in een

bepaalde sociaal-historische context, verbonden met een cultureel klimaat, en men kan er redelijkerwijze van uitgaan dat de luisteraar het ene met het andere associeert. Dat heeft suggestieve kracht, des te meer wanneer men – want men citeert zelden of nooit letterlijk – het ontleende materiaal doelbewust vervormt: men kan van het citaat een karikatuur maken, het grootsprakerig of grotesk laten klinken, op allerlei wijzen mishandelen, op bruuske wijze contrasteren met andere passages enzovoort; parodiëren van de geciteerde muziek wordt dan meteen ook parodiëren van de context waarin ze ontstaan is. S was een grootmeester in het hanteren van die technieken. Maar dat kon door sommigen ook verkeerd begrepen worden. S had in een ballet een parodie op *Tea for Two* verwerkt, naast proletarische marsen en strijdlieden: door het contrast liet het zich als allusie op het gedegenereerde Westen lezen. Maar hij had het al daarvoor neergeschreven, los van het ballet: teken dat hij de Amerikaanse decadentie toch wel genegen was? Vaak werd hem ook een voorkeur voor het groteske verweten: dat was louter provocatie, politiek irrelevant.

Representationisme was voor S geen onvoorwaardelijk geloofsartikel, geen kwestie van alles of niets, het zijne was veel genuanceerder en gesofisticeerder dan dat van de waakhonden van het socialistisch realisme, zat beslist niet van a tot z op dezelfde golflengte. Het geloof was evenwel voldoende aanwezig om hem bloot te stellen aan de beten van die waakhonden. Maar had het anders gekund? Stravinsky zei ooit dat muziek helemaal niets uitdrukt; als emigrant kon hij zich dat veroorloven; in de Sovjet-Unie zou hij met dat standpunt geen overlevingskans gehad hebben. Had S zulke ideeën gekoesterd, ruimte om ze te verkondigen, laat staan te realiseren, was er toch niet. Recht op arbeid was een van die zaken die succes oogstten op de internationale scène, maar het deugde enkel als exportartikel; binnen de eigen grenzen kon wie niet in de pas liep alleen rekenen op broodroof en *Berufsverbot*: dat mocht S aan den lijve ondervinden; met dank aan Zjdanov.

HET ISUA OF INSTITUUT VOOR DE SAMENWERKING TUSSEN DE UNIVERSITEIT EN DE ARBEIDERSBEWEGING

De kracht van een solidair bastion

Nathalie VALLET

Docente faculteit TEW Universiteit Antwerpen en lesgeefster ISUA

Dominique KIEKENS

Coördinatrice ISUA en voorzitter A&M

I. INLEIDING

Binnen de Universiteit Antwerpen is het ISUA of Instituut voor de Samenwerking met de Arbeidersbeweging een heus begrip. Het ontstond ruim 30 jaar geleden en beoogde een wederzijdse kruisbestuiving tussen de vormingsnoden van de vakbewegingen enerzijds en de maatschappelijke dienstverleningsambities van enkele Antwerpse academici anderzijds. Of, zoals het op de ISUA-webpagina staat vermeld¹: “ISUA wil de vakbeweging steunen in het overleg en de onderhandelingen met de werkgevers. Tegelijkertijd voegt de vakbondservaring zin voor realiteit toe aan de onderwijs- en onderzoekspraktijk van de universiteit.”

In deze bijdrage staan het ISUA en vooral de aangebrachte én verdiende ‘sporen’ van Marc RIGAUX centraal. In lijn met misschien wel het meest wezenlijke kenmerk van dit instituut, doen we dat op een solidaire wijze, waarbij de ‘we’ verwijst naar het auteursduo dat onder deze noeste arbeid ‘haar’ schouders heeft gezet. Wees alvast niet ongerust, het stuk vormt wel degelijk één geheel. Maar, zoals het waarschijnlijk ook Marc zou plezieren, heeft en behoudt elkeen daarbij zijn eigenheid. De ‘ik’ verandert dus *en cours de route*, evenals de stijl en de

¹ www.uantwerpen.be/nl/onderzoeksgroep/sociale-concurrentie-en-recht/samenwerkingsverbanden/isua.

persoonlijke accenten, maar niet de ‘rode’ draad, niet de kracht van het solidaire bastion. Deze blijft zoals het hoort overeind.

De bijdrage start met een toelichting van het zogenaamde DNA van het ISUA. Hierbij komen vier genen of eigenschappen aan bod, met name (i) de principiële standvastigheid in turbulente tijden, (ii) de brede, multidisciplinaire kijk op arbeidgerelateerde vraagstukken, (iii) de maakbaarheid van het recht en (iv) de coproductie *avant la lettre*. Het ‘ik’ in deze passages verwijst naar de ene zijde van het auteursduo, namelijk Nathalie VALLET. Vervolgens staan we stil bij het vehikel of de werking van het ISUA. Hierbij komen achtereenvolgens (i) de vloer, (ii) twee ‘marc’ante initiatieven, (iii) goede voorbeelden en internationale contacten, en (iv) alternatieven aan bod. Het ‘ik’ in deze passages verwijst naar de andere zijde van het auteursduo, namelijk Dominique KIEKENS. Ten slotte sluiten we de bijdrage af met een citaat Henriette ROLAND HOLST-VAN DER SCHALK, niet in het minst de auteur van de Nederlandse versie van de ‘Internationale’.

II. OVER HET DNA OF DE VIER GENEN VAN HET ISUA

Het is altijd fijn om de aftrap te mogen geven, zeker van een ‘universitair product’ dat me zeer nauw aan het hart ligt. En waar het hart van vol is, loopt de mond – of moet ik zeggen de pen – van over. Het is de pen van één van de vele academici die in de loop van de ruim 30 levensjaren heeft geprobeerd om een enthousiaste, constructieve en zinvolle bijdrage te leveren. Mijn disciplinaire invalshoek is deze van de organisatietheorie of het management van organisaties. Toegegeven, deze discipline doet menig ‘ISUAAN’ mogelijks de wenkbrauwen fronsen, maar geloof me vrij, deze discipline voelt zich op-en-top thuis in de zo dadelijk geschetste DNA-structuur.

Het DNA, of de wijze waarop een organisatie wordt vormgegeven en de principes die daarbij centraal staan, wordt sterk bepaald door de idealen van haar stichtende vaders en/of moeders. Voor het ISUA is dat niet anders: het vaderschap vanwege Marc is overduidelijk en onweerlegbaar aanwezig. Daarvoor is geen vaderschapstest nodig. De karaktertrekken van de ondertussen flink uit de kluiten gewassen dertiger spreken immers voor zich. Maar, mogelijks kent niet iedereen het genetisch materiaal van deze felle dertiger. Voor de niet zo vertrouwde lezer zetten we de voornaamste genen dan ook even op een rij.

DE PRINCIPIËLE STANDVASTIGHEID IN TURBULENTE TIJDEN

Laten we starten met de eerste geërfde eigenschap, namelijk de principiële standvastigheid in turbulente tijden. Inderdaad, ‘*o tempora, o mores*’, of hoe tijden ver-

anderen en zo ook de nagestreefde idealen en waarden van onze samenleving inclusief haar maatschappelijke instituten. Het lot van universiteiten – lees: de bredere habitat van het ISUA – ontsnapt niet aan deze culturele wetmatigheid. Sommigen halen hierbij opgelucht adem. Ze omhelzen de dominante focus op de vraagzijde van de arbeidsmarkt, het utilitaristische competentiestreven en het ideaal van de ‘ver-vrije-markting’ van het hoger onderwijs. Het academisch gedachtegoed – inclusief het academische onderwijs en onderzoek – is voortaan te koop. Het volgt gedwee de wensen van zij die betalen, vooral van de hoogste bidders, lees de sociaaleconomisch (meest) machtigen in onze samenleving. Maar, niet iedereen is hiermee onverdeeld gelukkig, zo ook niet de flink uit de kluiten gewassen dertiger en nog minder diens geestelijke vader. Universiteiten zijn in principe bastions waar het vrije wetenschappelijke denken en handelen centraal staat. Het zijn niet de sociaaleconomisch machtigen die tegen betaling bepalen wat universiteiten wel en niet moeten of mogen doen, maar wél de integrale samenleving en de algehele noden tot ontwikkeling en vooruitgang. Universiteiten handelen onafhankelijk van heersende machtskaders; dat is een fundamenteel gegeven, een ‘*principio*’ *sine qua non*. Wel, het ISUA en zeker diens geestelijke vader houdt in deze turbulente tijden sterk vast aan dit oorspronkelijke principe. Het is niet de kostprijs, het rendement of überhaupt de wens van de sociaaleconomisch meest machtigen die het programma van het ISUA bepalen, maar wél de algemene maatschappelijke noden inzake rechtvaardige (arbeids)regelgeving, evenwichtige arbeidsverhoudingen en een op gelijkwaardigheid gestoelde dialoog tussen de verstrekkers van de productiefactoren arbeid (*i.e.* de vakbeweging) en kapitaal (*i.e.* de werkgeversverenigingen). Om het met de woorden van de econoom JK GALBRAITH te stellen, het ISUA draagt het principe van de “*countervailing power*”² hoog in het vaandel, ook én vooral in deze woelige tijden.

DE BREDE, MULTIDISCIPLINAIRE KIJK OP ARBEID-GERELATEERDE VRAAGSTUKKEN

Een volgend gen heeft betrekking op de aanwezigheid van een brede, multidisciplinaire kijk op arbeidgerelateerde vraagstukken. Willen we deze op een wetenschappelijk verantwoorde én realiteitsgetrouwe wijze inventariseren, begrijpen én desgewenst remediëren, dan vereist dit de kennis en kunde van vele (wetenschappelijke) disciplines. Zo is er niet enkel het arbeidsrecht, dat zich buigt over de regels en instellingen die de ‘werkende’ samenleving ordenen, maar is er ook de economie, die de werkende samenleving activeert en aanstuurt, de sociologie, die de sociale relaties van deze werkende samenleving blootlegt én de politologie, die de ideologische en staatkundige contouren bepaalt. Verder zijn er ook

² We verwijzen hierbij naar zijn boek (uit 1952), *American Capitalism: the Concept of Countervailing Power*, waarin hij het concept als zodanig lanceert.

nog de inzichten van de filosofie over de positie, de betekenis en de waarde van arbeid in onze samenleving én van de geschiedenis over de arbeidgerelateerde ontwikkelingen en tijdgebonden evoluties. Door deze disciplinaire inzichten met mekaar te verbinden, zorgt onze felle dertiger voor een brede, holistische benadering van de arbeidgerelateerde vraagstukken. Dit maakt de analyse niet alleen rijker maar ook meer realistisch of waarheidsgetrouw. Bovendien stimuleert het de zoektocht naar effectieve oplossingen ter zake. Arbeidgerelateerde vraagstukken zijn immers té complex om ze ‘slechts’ vanuit één discipline op te kunnen lossen. Kortom, onze flamboyante dertiger huldigt net zoals zijn geestelijke vader het renaissancistische ‘*homo universalis*’-ideaal. De ISUA-cursisten ondergaan een brede vorming waarbij ze verschillende vaardigheden tegelijk ontwikkelen.

RECHT IS MAAKBAAR

Een derde eigenschap kunnen we typeren met de uitspraak “recht is maakbaar”. Alhoewel de arbeidgerelateerde regelgeving via haar geïnstitutionaliseerde kanalen en instellingen voor een welbepaalde periode en binnen een welbepaald gebied ‘vastligt’, beschikt ze geenszins over de universele kracht van een natuurwet. De regelgeving is een artefact, een creatie van de mens. Ze is het resultaat van overleg, negotiaties en (tijdelijke) consensusvorming. Kortom, geen onwrikbaar beton, maar levende materie. In dit opzicht is het even belangrijk om de arbeidgerelateerde regelgeving te veranderen in functie van wijzigende noden en of vastgestelde gebreken, dan ze te eerbiedigen. Niets hoeft zomaar ‘genomen’ te worden. In dit opzicht is het ISUA net zoals zijn geestelijke vader zeer ondernemend in het kritisch in vraag stellen van de arbeidgerelateerde regelgeving. Het geloof in een onaantastbare goddelijke status is hem sowieso vreemd, laat staan met betrekking tot de door mensenhanden gemaakte regelgeving.

COPRODUCTIE AVANT LA LETTRE

Een vierde en laatste eigenschap heeft te maken met ‘coproductie avant la lettre’. De felle dertiger wist reeds lang voordat het een heuse ‘hype’ werd in het hedendaagse beleidslandschap, dat de kennis en kunde voor effectieve oplossingen niet enkel komt van zij die erover denken, debatteren en beslissen, maar ook van zij die een bepaalde problematiek of uitdaging daadwerkelijk beleven en ervaren. Samen sterk, en dat geldt dus ook voor de academici, de vertegenwoordigers van de vakbeweging én de cursisten van het ISUA. In dit opzicht stimuleert het ISUA zijn cursisten om als ‘bevoorrechte getuigen’ eigen casussen en ervaringen in te brengen in het programma. Kortom, samen op weg naar een solidair en eendrachtig bastion.

Tot zover enkele belangrijke principes en eigenschappen van het ISUA. Toegegeven, ik maak hierbij gebruik van een ‘strijdlustige barricadetaal’. Maar laten we eerlijk zijn, ook dit past bij het profiel van het ISUA ... en bij het karakter van zijn geestelijke vader.

III. OVER HET VEHIKEL OF DE WERKING VAN HET ISUA

Als coördinator van het ISUA is het van het grootste belang een idee of weerslag te hebben van de methodiek gehanteerd door Marc RIGAUX. Hij is niet alleen voorzitter van het initiatief maar tevens bezieler alsook bewaker van de opdracht van het instituut. Uiteraard is het allerminst vanzelfsprekend mijn woorden in de mond van iemand anders te leggen. Eveneens kan het niet de bedoeling zijn een appreciatie uit te spreken over collectief arbeidsrecht voor *délégués*. Als sociale en theaterwetenschapper zou ik hiervoor schromelijk tekortschieten. Voor het instituut echter en de voortgang ervan is het goed om de pedagogische vorm, geapprecieerd door *délégués*, te koesteren. Niet om die vorm in al zijn details en kenmerken te behouden en na te bootsen, zoals het Duitse cultuurbeleid doet met het theater van Bertold BRECHT of met het danstheater van Pina BAUSCH. Wel om, zoals in de Vlaamse theaterpraktijk, verder te bouwen op gedegen en gedragen fundamenten. Daarom geef ik als coördinator van het instituut in wat volgt weer wat naar mijn mening van betekenis is voor het instituut en bruikbaar in de toekomst. Of, zoals Bertold BRECHT³ zegt:

*“Die kritische Haltung
Gilt vielen als nicht fruchtbar.
Das kommt, weil sie im Staat
Mit ihrer Kritik nichts erreichen können.
Aber was da eine unfruchtbare Haltung ist
Ist nur eine schwache Haltung. Durch bewaffnete Kritik
Können Staaten zerschmettert werden.
Die Regulierung eines Flusses
Die Veredelung eines Obstbaumes
Die Erziehung eines Menschen
Der Umbau eines Staates
Das sind Beispiele fruchtbarer Kritik
Und es sind auch
Beispiele von Kunst.”*

³ B. BRECHT, “Über die Kritische Haltung” in (o.a.) *Die Gedichte von Bertold Brecht in einem Band*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1981, 773-774.

In het voorgaande stond Nathalie reeds stil bij de emancipatorische functie van het recht die Marc uitdraagt. Recht is maakbaar. Het instituut met haar studenten vormt een ideale uitvalsbasis om zulks toe te passen. Vanaf het begin, meer dan 30 jaar geleden, opteerden academici samen met de vakbonden om een academische opleiding voor *délégués* te organiseren. De organisatoren wilden daarmee bewust de syndicaal afgevaardigden steunen in het overleg met de werkgever. Tegelijkertijd voegde en voegt de syndicale praktijk realiteitszin toe aan het wetenschappelijk onderzoek. Het spreekt voor zich dat collectief arbeidsrecht zich uitermate leent tot deze opdracht. Vanuit zijn algemene visie op recht (zie voorgaande), die hij de afgevaardigden niet onthoudt, daalt hij tot op het niveau van de praktijk, waar hij soms spitsvondige oplossingen suggereert om daarna de studenten mee te nemen in zijn academisch streven naar een Europese arbeidsmarkt. Of anders doorheen de alledaagse praktijk van syndicaal afgevaardigden die zich te midden van een uiterst concurrentiële economie bevinden die het kapitaal met arbeid beslecht, bespeelt Marc de internationale krijtlijnen. Europa krijgt een gezicht, waarop – mits een gedragen solidariteit veruitwendigd – in democratisch gekozen partijen een glimlach voor arbeid kan verschijnen. Partijen als Syriza in Griekenland en Podemos in Spanje worden hoopvol aangehaald, als alternatief op het moeten ondergaan van asociale maatregelen door Europa opgelegd. Een analyse van de huidige Europese realiteit is niet voldoende. De analyse is pas compleet wanneer ze de kiemen van een antwoord in zich draagt. “... het kan niet onze bedoeling zijn de *délégués* te deprimeren, met onze zorgen te overladen en het daarbij te laten. We dienen ook oplossingen aan te reiken” is een veelgehoorde visie van Marc.

DE VLOER

Thomas BERNHARD⁴:

we moeten de mensen kort houden
 en hen met de grootste vriendelijkheid tegemoet treden
 en hun zeggen dat ze onmisbaar zijn
 en hen tegelijkertijd met hun ontslag dreigen

Grote gehelen en denkpatronen geven structuur aan de praktijk van de syndicaal afgevaardigde. Tegelijkertijd is het zaak om met krasse schreden soepel de realiteit van *délégués* in te duiken. Daartoe helpen een luisterend oor naar wat zich op de vloer afspeelt alsook een grote dosis gedrevenheid. Soms gaat het over schrijnende dossiers als het onrechtmatige ontslag van een *délégué*, soms

⁴ T. BERNHARD (1988), “Elisabeth II-Keine Komödie” in *Thomas Bernhard Stücke 4*, Frankfurt/Main.

over de omzetting van een sectorovereenkomst of de toepassing van een CAO. Allemaal feiten die maken dat de academicus zijn ivoren toren verlaat. Niet dat hij mee de barricades op springt, wel dat hij zijn vermogen ver te abstraheren inzet voor het bijstaan van werknemers. In wat volgt, schets ik een overzicht van ‘marc’ante initiatieven georganiseerd door het ISUA. Demarches die balanceren tussen verschillende disciplines en praktijken en waarbij uiteenlopende actoren worden betrokken. Zoals de lesdag over syndicale vertegenwoordiging in kleine en middelgrote ondernemingen die in het verschiep ligt. Daar wordt bijvoorbeeld ingezoomd op de bescherming van het syndicaal werk in KMO’s. Het komt erop neer een neus te hebben voor juridische instrumenten die gemakkelijk kunnen worden ingezet om de omstandigheden en arbeidsvoorwaarden van werknemers te behartigen. De bescherming van het syndicaal werk in KMO’s kan dan al voor de hand liggen, het is een weinig bekend juridisch mechanisme voor vakbonden.

‘MARC’ANTE INITIATIEVEN

Vooreerst is er de studiedag rond het “grillige landschap van PC’s”. Tijdens deze studienamiddag werd de actuele toewijzing van PC’s gelinkt aan de loon- en arbeidsvoorwaarden van werknemers. Het landschap van de PC’s is inderdaad grillig. Veel heeft te maken met de afbakening van het bevoegdheidsgebied en het gebrek aan duidelijke criteria die bepalen onder welk comité een onderneming valt. Dit veroorzaakt een grote onzekerheid voor werknemers en werkgevers. Enerzijds kunnen werkgevers jaren de verkeerde lonen en bijdragen betalen. Werkgevers moeten dan met terugwerkende kracht van drie jaar bijbetalen. Anderzijds volgt het grillige landschap van PC’s de evolutie van de economische realiteit onvoldoende. Het systeem is niet echt mee geëvolueerd met de praktijken van netwerkondernemingen en outsourcing. Hierdoor kunnen werkgevers het stelsel van de toewijzing van PC’s in hun voordeel gebruiken. De studienamiddag schetste de problematiek. Het probleem van de toewijzing van PC’s voor werknemers werd scherp gesteld. De FOD WASO gaf inzicht in de criteria die gehanteerd worden bij de toewijzing, de gevolgen van onduidelijke criteria en de onzekerheid over de juiste keuze van PC. De toewijzing van PC’s werd eveneens besproken in het licht van de economische realiteit van netwerkonderneming, filialisering en outsourcing. Verder werden twee casussen bestudeerd: één waar de toewijzing nefast was voor werknemers en een andere waar de werknemers de toewijzing konden sturen. Uiteindelijk bij de uitleiding werden de mogelijkheden om de toewijzing van PC’s te herzien, overlopen. Kortom, tijdens deze studienamiddag konden secretarissen en délégués de houding van de FOD WASO ten aanzien van een mogelijke hertekening van het landschap inschatten. Een herziening is afhankelijk van machtsverhoudingen. De vakbond voelt zich zwak ten aanzien van het kapitaal. De vakbonden peilden dan ook naar de contouren, het initiatiefrecht en de regelcapaciteit van de FOD WASO.

Een tweede marc'ant initiatief is de studiedag “recht op arbeid en vrijheid van arbeid: dilemma of symbiose?”. Dit was een zeer uitzonderlijke initiatief. Niet alleen omdat het ISUA het emeritaat vierde van collega Fernand TANGHE, die jarenlang en nog steeds de filosofische pijler van het instituut uitmaakt, ook omdat we moeilijk konden inschatten of een filosofische kijk op arbeid de *délégés* bekoorde. Tot onze verbazing was het lokaal, waar de studiedag plaatsvond, tot de nok gevuld. Het verrast ons telkens hoezeer wijsbegeerte de *délégés* beroert. Alsof het vogelperspectief de spanning van de realiteit wegneemt zonder een vlucht te zijn. De directe betrokkenheid neemt vrijaf om context, omstandigheden en zinsverband te ontdekken. Zo ook dus met recht op arbeid en vrijheid van arbeid: ‘vrijheid van’ en ‘recht op’ verhullen een zeer verschillende kijk op arbeid. Niet onbelangrijk, want we stellen vast dat arbeid noodzakelijk is om in ons levensonderhoud te voorzien. We moeten arbeiden, we zijn aangewezen op arbeid in onze maatschappij.

Bij vrijheid van arbeid kan iedereen ‘autonoom’ onderhandelen over werk. Iedereen kiest ‘vrij’ hoe, wanneer en waar hij werkt. Het is de markt die in deze visie bepaalt of er behoefte is aan arbeid. De verantwoordelijkheid tot arbeid echter ligt bij het individu en niet bij de staat. Regelgeving hindert werkgevers en werknemers amper. In het perspectief van ‘vrijheid van arbeid’ gaat men ervan uit dat iemand kiest voor een job. Dat hij over de voorwaarden en omstandigheden onderhandelt. Dat hij niet alleen verantwoordelijk is voor zijn job maar ook voor het vinden ervan. Men gaat ervan uit dat de vrije werking van de markt resulteert in jobcreatie en dat zo de juiste persoon op de juiste job terechtkomt. Vanuit het perspectief van recht op arbeid gaat men ervan uit dat niet iedereen de mogelijkheid heeft om een job te vinden, laat staan volwaardig over de omstandigheden en voorwaarden kan onderhandelen. Men eist arbeid van de overheid om in het levensonderhoud te voorzien. Men gaat ervan uit dat regels beide partijen dienen te beschermen. Dat er marges dienen opgemaakt waarbinnen werknemers en werkgevers onderhandelen. Marges als loonbarema's, regelgeving bij aanwerving, ontslagtermijnen, veiligheid en gezondheid op het werk, arbeidsongevallen en werkloosheidsuitkering. Dat jobs niet vanzelf gecreëerd worden en dat ook mensen met mindere kwalificaties kansen moeten krijgen.

In het neoliberale model komen de voorstanders van ‘vrijheid van’ al eens recht tegenover de voorstanders van ‘recht op’ arbeid te staan. Als men terugblijkt in de geschiedenis ziet men dat recht op arbeid in een markteconomie niet ongeremd mogelijk is. Recht op arbeid werd wel gerealiseerd in een planeconomie. In ons bestel lijkt recht op arbeid de vrijheid van arbeid te corrigeren. Men houdt vast de markt te bespelen om arbeidsplaatsen te genereren. Dit resulteert in een beleid dat de markt zo beïnvloedt dat die maximaal arbeidsplaatsen creëert. Kan dat nog? Kan het beleid de markt dirigeren? Is het niet zo dat de vrije markt de staat ontgroeide? Tijdens de lesdag rijst de vraag of recht op arbeid en vrijheid van arbeid een dilemma vormen dan wel in symbiose kunnen evolueren. Veel

hedendaagse discussies over het Vlaamse arbeidsmarktbeleid gaan trouwens over het realiseren van recht op arbeid dan wel vrijheid van arbeid.

Voor de gelegenheid werden drie initiatieven weergegeven. Iedere activiteit met zijn ‘marcante’ insteek van het aanreiken van instrumenten, van mogelijke partners tot het aanreiken van een vogelperspectief op arbeid. Ook de opvolgster van Marc, Anne Van Regenmortel, kwam reeds aandraven met een “Marcante studiedag” over “(Te hoge) werkdruk: een psychosociaal risico of een economische dwangmatigheid?”. Een actueel thema waar eens te meer de context van werken onder druk werd geschetst, waar instrumenten als de bevoegdheden van het comité voor preventie en bescherming op het werk werden meegegeven en waar preventieadviseurs/arbeidsgeneesheren alsook de FOD WASO als mogelijke partners aangezocht werden.

Hugo CLAUS⁵:

Ik werk in de Produits Chimiques, Meneer,
In de langzame dood.
Na tien jaar mag je daar op pensioen
Vanwege het gas in je balg.
Ik ben er al 14 jaar, Meneer,
Nu al twee jaar als chauffeur.
En in die twee jaar heb ik niet een keer moeten overgeven
Vanwege de verse lucht.
Wij, Belgen, rijden het best van heel Europa
En ik ben overal geweest.
Omdat wij gevaarlijk rijden.
Dan pas je meer op de anderen
Die ook gevaarlijk rijden, maar het niet willen weten.
En weet u wat het mooiste is, dat ik ooit heb gezien?
En ik ben in de Sixtijnse Kapel geweest,
en ik heb de billen van Gisèle van de ‘Mocambo’ gezien,
wel dat is in een winkel van Brugge, een wijnrood bed. In empire. Of is het Louis
Quinze?
Daarin, met Gisèle, zou ik mijn drie kinderen vergeten en heel de kalender.
De liefde, Meneer, moet in het satijn zijn.
En de dood, Meneer, dat is wat je voelt in je maag
als je weet dat je nooit zo’n bed zal kopen.

⁵ Het beschrijf, Entrez Lire, deBuren “Clausmarathon, Marathon Claus” (2009).

GOEDE VOORBEELDEN EN INTERNATIONALE CONTACTEN

Zoals reeds aangegeven in de inleiding van mijn deel, is het belangrijk antwoorden te geven en niet alleen stil te staan bij wat verkeerd loopt. Volgens Marc ligt een oplossing veelal in het internationale en Europese beleid. De nationale staten hebben te weinig autonomie om het sociale autarkisch vorm te geven. Bewegingen die evolueren naar politieke partijen en zo het huidige Europese beleid uitdagen zijn bij wijze van spreken vaandeldragers. Ze maken ophef, schudden aan de fundamenteën van de politiek gevoerd door het IMF en de Wereldbank sinds de jaren 80 en heden ten dage uitgedragen door de trojka. Het principe erachter is ons bekend sinds de Washington Consensus: landen op de valreep van het faillissement krijgen leningen op voorwaarde van de belofte hun economie open te stellen (jaren 80) of besparingen door te voeren. Dit was een experiment onder andere uitgevoerd op India⁶, toen nog een ontwikkelingsland, en nu toegepast op de Europese lidstaten. Sinds de jaren 80 tuimelt de internationale sociale beweging in een inhoudelijke patstelling die sterk uitgedragen wordt door de publieke opinie: “ook ontwikkelingslanden moeten een kans krijgen”. De slagzin verhuult een tegenstelling tussen arbeid onder goede voorwaarden en omstandigheden met milieuwetgeving van dien tegenover regio’s waar om de economische ontwikkeling te stimuleren van deze voorwaarden mag afgezien worden. Niet onbelangrijk, want achter zo’n uitspraak schuilt de praktijk van competitiviteitsvoordeel, delokaliseren met daarbovenop de empathie van westerse werknemers met BRIC en ontwikkelingslanden langsheen de idee dat ook zij hun kans op welzijn niet mogen mislopen. Alsof welzijn alleen kan ontstaan door uit te buiten en te verontreinigen. Zulke misvattingen kunnen steenhard weerlegd worden door wetenschappers uit BRIC en ontwikkelingsregio’s hierover het woord te geven. De strategie hiertoe is zo nauwgezet mogelijk de visites van gastprofessoren op te volgen, om vervolgens het lesrooster waar nodig aan te passen. Geen gemakkelijke opdracht, aangezien de lessen wegens educatief verlof vastliggen.

Desalniettemin levert de aanpak op. Zo konden wij onder andere een beroep doen op sprekers als Ferran CAMAS van de Universiteit Girona over de effecten van de besparingsmaatregelen op het Spaanse sociaal recht, op Corinne SACHS-DURAND van de Universiteit van Straatsburg over Europese Ondernemingsraden, of de politicologe Eva ALFAMA van de Universiteit Barcelona over het fenomeen PODEMOS van beweging tot politieke partij en op Amita PUNJ van de National Law University Delhi over de economische concurrentie tussen Europa en Azië en de waardigheid van werknemers.

Zo gebeurt het dan, om bij een voorbeeld stil te staan, dat de *délégues* een vergelijkende studie tussen India en Europa en de analyse dat beiden door schul-

⁶ A. PUNJ, *Development of Special Economic Zones and its Impact on Labour Rights and Livelihood in National Capital Region*, Faculty of Law, University of Delhi.

den afhankelijk zijn van internationale en Europese instellingen, uiteengezet krijgen. Dit fenomeen vertaalt zich op de Indische en Europese arbeidsmarkt naar een toenemende kwetsbaarheid van werknemers. Internationale instellingen zien heil in 'competitie' tussen landen en werelddelen om schulden af te lossen. Ondernemers kunnen zich competitief opstellen door vooral de arbeidskost te drukken. Voor internationale en Europese instellingen is flexibiliseren een aanvaardbare manier om het hoofd te bieden aan de concurrentie. De vraag stelt zich of competitie tussen beide werelddelen en als gevolg het flexibiliseren van arbeidscontracten tot een waardig bestaan van werknemers leidt. Leidt meer flexibiliteit tot tewerkstelling en tot zekerheid van inkomen voor meer burgers? Het antwoord op deze vragen ligt verscholen in de zekerheid die Europa op een flexibele arbeidsmarkt voorstaat: '*flexicurity*'. Het antwoord ligt ook verscholen in de Speciale Economische Zones in Azië gecreëerd. Biedt flexicurity voldoende garanties voor een volwaardig werknemersbestaan in Europa? Wat is het effect van Speciale Economische Zones op de arbeidsomstandigheden en voorwaarden in hoofdstedelijke regio's in India? Een lang feitenrelaas gestructureerd doorheen internationaal politiek beleid om de *délégues* te bevestigen in hun strijd om zekerheid en bescherming.

ALTERNATIEVEN

Gaandeweg met het volwassen worden van het instituut vinden we, niet in het minst mede dankzij Marc, een vorm van lesprogramma's die de nodige aandacht aan alternatieven schenkt. Het academiejaar over "de waardering van arbeid in het neoliberale model" viel de syndicaal afgevaardigden zwaar. Niet dat de geschiedenis van de Franse Revolutie hen bedrukte, noch de lessen over de financieel-economische crisis of over de organisatie van de arbeid. Het was eerder het feit dat uitwijkmogelijkheden, oplossingen en alternatieven amper geboden worden. Het is makkelijker om academisch de weg van correcties te bewandelen dan het pad van alternatieven op het heersende model. Veel heeft te maken met het utopische gehalte, de ideologische kleur en de niet doorleefde want nieuwe oplossingen. Toch kunnen we in een samenwerking met het middenveld niet anders dan doordachte nieuwe visies op het huidige model kritisch bestuderen. Daartoe richten we een uitgebreide academische raad op aan wie het 'alternatieve' lesprogramma wordt voorgelegd. In die raad buigen academici zich over de alternatieve actiemiddelen aangeboden door Greenpeace, het denken over sociale reproductie en *commons* verdedigd door het feminisme, over de economische transitie toegelicht door 'A&M', over de democratie in coöperaties uiteengezet door Amanda LATINNE, assistente van Marc, over p2p-economie, *maker space*, *hacker space*, *fab labs* en over energieonafhankelijke democratische organisatie uitgedragen door de energiespecialist van de PVDA. Een gewaagde opdracht, maar, zoals reeds werd aangegeven, een missie die we moeilijk uit de weg kunnen gaan.

IV. BESLUIT

Bij dezen komen we tot het besluit van deze bijdrage. Aangezien we niet onnodig in herhaling willen vallen, of de legendarisch geworden slotzin van Marc indachtig “enfin, ik heb gezegd en nu ga ik zwijgen”, willen we onze bijdrage afsluiten met een passage uit het werk “De revolutionaire massa-aktie” van Henriette ROLAND HOLST-VAN DER SCHALK⁷, die volgens ons zeer goed het profiel én het belang van Marc voor een instituut zoals het ISUA schetst: “Fundamentele veranderingen in de maatschappelijke orde, zooals het stellen van eigendoms- en klasseverhoudingen op een nieuwe grondslag dit zijn, worden altijd voorbereid door een lange evolutie in het economische, sociale en geestelijke leven maar kunnen enkel hun beslag krijgen door middel van hevige botsingen tusschen de ondergaande en de opkomende klassen. De beslissingen in deze botsingen vallen door de akties der massa’s, die, opgezweept door stoffelijke ellende, aangevuurd door zedelijke verontwaardiging en geleid door historische intuïtie, in bepaalde momenten aan hun elementaire hartstochten den vrijen loop laten gaan en met spontane, scheppende energie in onweerstaanbaren aandrang de oude maatschappijvormen vernietigen en tevens de grondpeilers der nieuwe oprichten. Zoo zijn alle grote politieke en sociale omwentelingen kollektieve scheppingen van de geïnspireerde, tot haar uiterste graad omhoog gevoerde energie der massa’s”.

⁷ H. ROLAND HOLST-VAN DER SCHALK (1918), *Revolutionaire massa-aktie*, Rotterdam, W.L. & J. Brussel’s uitgevers-maatschappij.

DE DEFINITIEVE ARBEIDSONGESCHIKTHEID ALS EEN VORM VAN BEËINDIGENDE OVERMACHT: JURIDISCH AANVECHTBAAR EN EEN SOCIALE STAAT ONWAARDIG!

Kim VAN DEN LANGENBERGH

Gastprofessor Universiteit Antwerpen en docente Arteveldehogeschool

Anne VAN REGENMORTEL

Hoogleraar Universiteit Antwerpen

INLEIDING

Weinig thema's in het arbeidsrecht hebben zo'n stortvloed aan doctrinale bijdragen veroorzaakt als de definitieve arbeidsongeschiktheid als specifieke wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹ Ook Marc RIGAUX liet zich in dit debat

¹ Zie bv. P. BLONDIAU, en S. GILSON, "Pour un droit social plus performant pour les personnes victimes d'une incapacité de travail" in *Passende arbeid en behoorlijk ontslag*, in *Reeks Behoorlijk sociaal recht nr. 1*, Brugge, die Keure, 2007, 3-25; J. CLESSE, "Examen de jurisprudence (1978-1981). Contrat de travail", *RCJB* 1983, 602-606; M. DAVAGLE, *L'incapacité de travail de droit commun et les obligations qui en découlent pour l'employeur et le travailleur*, in *Etudes pratiques de droit social*, Waterloo, Kluwer, 2006, 215-250; U. DEPREZ en W. VEROUGSTRATE, "Overmacht en bestendige arbeidsongeschiktheid. Een verkeerde denkgewoonte met onaanvaardbare gevolgen", *Soc.Kron.* 1981, 217-230; H. FUNCK, "L'incapacité définitive de travail et la théorie des risques" (noot onder Arbh. Brussel 10 oktober 1988), *Soc.Kron.* 1989, 158; I. JOOSTEN, en L. MONSEREZ, "Beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de definitief arbeidsongeschikte werknemer wegens overmacht", *Or.* 2007, 269-275; C. LEGARDIEN, "La preuve de la force majeure découlant de l'incapacité définitive et permanente", *Ors.* 2005, afl. 4, 1-18; J. MALLIE, "Contrat de travail et incapacité définitive", *TSR* 1981, 471-477; P. PALSTERMAN, "Incapacité de travail et force majeure (de l'intérêt de rester en bonne santé jusqu'à l'âge de retraite)", *Soc.Kron.* 1981, 112-119; P. PALSTERMAN, "Impossibilité pour le travailleur d'exécuter les obligations convenus" in E. VOGEL-POLSKY (ed.), *Permanence du droit civil en droit du travail*, Brussel, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1983, 47-65; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 736-782; J. ROELS en A. VAN REGENMORTEL, "De definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigings-

niet onbetuigd.² Zoals genoegzaam bekend, stak het Hof van Cassatie het vuur aan de lont door in zijn arrest van 5 januari 1981 te oordelen dat de blijvende arbeidsongeschiktheid waardoor het voor de werknemer definitief onmogelijk wordt om de bedongen arbeid te presteren, een geval van beëindigende overmacht uitmaakt.³ Ondanks de vaak scherpe doctrinale kritiek is het Hof van Cassatie dit denkschema steeds trouw gebleven⁴, zo ook in het arrest van 13 februari 1989⁵, dat de aanleiding vormde voor de bijdrage van Marc RIGAUX aan het debat.

Zijn analyse van de problematiek bleef niet beperkt tot de juridisch-technische kant van de zaak, maar betrof eveneens het beleidsmatige aspect ervan. Een louter (juridisch-)technisch onderzoek kwalificeerde hij in zijn bijdrage in de *Sociaalrechtelijke Kronieken* als een geïsoleerde en bijgevolg partiële analyse van het probleem.⁶ Dit standpunt is Marc RIGAUX doorheen zijn carrière overigens steeds trouw gebleven. Meer nog, in latere geschriften durft hij de juridisch-technische analyse van problemen al eens naar de achtergrond te laten verdwijnen ten voordele van het ‘beleidsmatig’ onderzoek waarbij stevast wordt getoetst of regelgeving en rechtspraak geen afbreuk doen aan datgene wat voor hem het grondbeginsel van het arbeidsrecht dient te zijn, te weten het beschermen van de werknemer door het versterken van zijn rechtspositie.⁷

grond voor de arbeidsovereenkomst: een standpunt dat ook de arbeidsgeneeskunde in zijn essentie bedreigt? Commentaar bij het arrest van het Hof van Cassatie van 2 oktober 2000”, *Soc.Kron.* 2002, 417-430; O. VANACHTER, noot onder Cass. 5 januari 1981, *TSR* 1981, 275; A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 367-419; W. VEROUGSTRAETE, “Overmacht als beëindigingsmodaliteit van de arbeidsovereenkomst. Beschouwingen bij de overmacht als beëindigingsmodaliteit van de arbeidsovereenkomst in het algemeen en bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in geval van blijvende arbeidsongeschiktheid in het bijzonder” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 1, Antwerpen, Kluwer, 1984, 31-62; G. WILLEMS, “L’incapacité définitive... de rompre le contrat pour force majeure” in CLAEYS & ENGELS (ed.), *De arbeidsovereenkomstenwet na 30 jaar... anders bekeken. La loi du 3 juillet 1978 30 ans après... vue sous un angle différent*, Brussel, Group De Boeck, 2008, 159-179.

² M. RIGAUX, “Definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een financieel risico ten laste van de werkgever (naar aanleiding van Cassatie 13 februari 1989)”, *Soc.Kron.* 1990, 1-9.

³ Cass. 5 januari 1981, *JTT* 1981, 184, concl. Adv. Gen. DECLERCQ en noot T. CLAEYS en P. SMEDTS.

⁴ Cass. 15 februari 1982, *RW* 1982-83, 2209; Cass. 8 oktober 1984, *AR* 7136; Cass. 21 april 1986, *JTT* 1986, 501; Cass. 1 juni 1987, *JTT* 1987, 427; Cass. 13 februari 1989, *AR* 3062; Cass. 13 maart 1989, *AR* 6505; Cass. 23 maart 1998, *S.970060.F*; Cass. 2 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1464.

⁵ Cass. 13 februari 1989, *AR* 3062.

⁶ M. RIGAUX, “Definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een financieel risico ten laste van de werkgever (naar aanleiding van Cassatie 13 februari 1989)”, *Soc.Kron.* 1990, 3.

⁷ Zie bv. M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 264 p.; M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l’Homme au travail (re)mis en cause*, Brussel, Bruylant, 2009, 217 p.; M. RIGAUX, “Arbeid in zekerheid. Vrij betoog over de arbeidsmarktsturende functie van het socialezekerheidsrecht” in R. JANVIER, Y. JORENS en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Sociaal werk(t). Ereboek Josse Van Steenberghe*, Brugge, die Keure, 2010, 89-100.

Hierna hernemen we de analyse die RIGAUX in 1990 maakte en gaan we na in hoeverre zijn opvattingen weerklink hebben gevonden. We onderzoeken of het bestempelen van definitieve arbeidsongeschiktheid als een vorm van beëindigende overmacht juridisch en sociaal aanvaardbaar is. Daarbij kijken we even naar de situatie in Frankrijk en schetsen we hoezeer de toenemende aandacht voor het non-discriminatiebeginsel dit debat mede heeft gevoed.

I. SCHORSING VAN DE UITVOERING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST ALS SYSTEEM MET EIGEN DYNAMIEK

Volgens RIGAUX maakte het Hof van Cassatie inzake de definitieve arbeidsongeschiktheid een beleidskeuze door de toepassing van de specifieke bepalingen inzake arbeidsongeschiktheid ondergeschikt te maken aan de algemene beginselen van de overmachtsleer. De door het Hof gehanteerde stelling impliceert namelijk niet alleen het ontzeggen van een ontslagvergoeding aan een werknemer in een precaire situatie, maar betekent ook het prijsgeven van een stelsel van sociale waarborgen (ten voordele van een systeem dat geen rekening houdt met de economische ongelijkheid der partijen⁸).⁹ Het inlassen van schorsingsgronden (zoals de arbeidsongeschiktheid er één is) was de door de sociale wetgever gehanteerde techniek om de vastheid van betrekking en daarmee samenhangend de bestaanszekerheid te garanderen. Hiertoe diende de wetgever geheel of gedeeltelijk af te stappen van de mechanismen van het gemeen recht.¹⁰ Zo stelt de schorsingsregeling in het arbeidsovereenkomstenrecht het aansprakelijkheidsmechanisme in belangrijke mate buiten werking: het feit dat een werknemer (zelfs gewild) zijn verbintenis arbeid te presteren niet nakomt¹¹ of het feit dat de werkgever

⁸ Deze kritiek is mogelijk iets te scherp geformuleerd. Volgens verscheidene auteurs zou het burgerlijk recht, vaak zelfs onder invloed van het sociaal recht, meer humaan geworden zijn. Ook aan de economische ongelijkheid van de partijen wordt in het burgerlijk recht aandacht besteed. Steeds meer wordt men immers ook in deze rechtstak met contracten geconfronteerd waarbij partijen zich in een ongelijke machtspositie bevinden en ook hier de economisch zwakke partij bescherming verdient (bv. concessie- en franchisecontracten). Zie hierover A. VAN REGENMORTEL, "Interactie tussen arbeidsrecht en algemeen overeenkomstenrecht" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 9. Werknemerschap: een precair statuut in wording?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 49-50, met verwijzing naar o.m. J. MESTRE, "L'influence des relations de travail sur le droit commun des contrats", *Dr.Soc.* 1988, 405; W. RAUWS, "Arbeidsrecht en burgerlijk recht: een stevig huwelijk, een turbulente lat-relatie of scheiding", *TPR* 2011, 174-175; P.Y. GAUTIER, "Les interactions du droit civil et du droit du travail" in B. TEYSSIÉ (ed.), *Les sources du droit du travail*, Parijs, PUF, 1998, 131-132.

⁹ M. RIGAUX, "Definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een financieel risico ten laste van de werkgever (naar aanleiding van Cassatie 13 februari 1989)", *Soc.Kron.* 1990, 2.

¹⁰ K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2009, 174-175, 339 en 647.

¹¹ Zie in verband met arbeidsongeschiktheid bv. P. HORION, "Les indemnités dues aux employés en état d'incapacité de travail", *Jurisprudence du louage d'ouvrage* 1939, 2; L. LÉGER en

(gewild) tekortschiet aan zijn verplichting om tewerk te stellen, zijn in beginsel irrelevant. De loonwaarborg die bij heel wat schorsingsgronden (waaronder ook de arbeidsongeschiktheid) is voorzien, doorbreekt bovendien het civielrechtelijk ruilschema van loon voor gepresteerde arbeid. De civielrechtelijke mechanismen en rechtsfiguren behouden binnen het arbeidsovereenkomstenrecht evenwel nog een rol van betekenis omdat dit recht niet over een voldoende ruim instrumentarium beschikt om alle mogelijke situaties en rechtsproblemen het hoofd te bieden. Maar RIGAUX vroeg zich in 1990 af of de schorsingsregelingen in het arbeidsrecht desondanks niet beantwoorden aan een eigen dynamiek waarvan de principes nog maar weinig te maken hebben met het algemeen stelsel.

Dit is een terechte vraag. Het civiel recht reikt zelf een aantal mechanismen aan die toelaten de uitvoering van de overeenkomst te schorsen. Het gaat meer bepaald om de *exceptio non adimpleti contractus*, de termijn van respijt, de tijdelijke overmacht en de conventionele schorsing. In wezen kunnen deze als volgt worden samengevat: een sanctie tegen de in gebreke blijvende partij, een gunst voor de schuldenaar, een situatie waarvan men als het ware slachtoffer wordt en die men (tijdelijk) niet kan verhelpen en een akkoord tussen partijen. Hoewel deze civielrechtelijke schorsingsmechanismen principieel toepasselijk zijn op de arbeidsrelatie, vertonen zij een aantal 'tekortkomingen' wanneer zij hierop worden toegepast.¹² Zo houden zij onvoldoende rekening met de aard van de arbeidsrelatie en meer bepaald met het gegeven dat er binnen deze relatie geen twee gelijke partijen tegenover elkaar staan. Hierdoor is het verzoeken om een akkoord vanwege de werkgever om in te stemmen met een verminderde beschikbaarheid van de werknemer, mogelijk niet evident. De civielrechtelijke schorsingsmechanismen lijken bovendien niet te volstaan om alle situaties die zich kunnen voordoen tijdens een arbeidsrelatie op te vangen. De belangrijkste vaststelling is evenwel dat zij veelal niet in staat zijn om een vastheid van betrekking of een inkomenswaarborg tijdens de periode van schorsing te realiseren. Wie een analyse maakt van de ontwikkeling van het schorsingsrecht in het Belgische arbeidsrecht constateert, zoals RIGAUX in zijn bijdrage deed, dat vooral deze laatst vermelde tekortkoming

P. CROKAERT, *Le contrat d'emploi : travaux préparatoires et commentaire théorique et pratique de la loi du 7 août 1922*, Brussel, Albert Dewit, 1923, 389; R. SCHUELER, "Les effets juridiques de la maladie de l'employé en matière de louage de services", *Rev. Banque* 1941, 147; J. THOUMSIN en I. THOUMSIN-SAINTENOY, *Le contrat d'emploi*, Brussel, Larcier, 1926, 117.

¹² Zie hierover K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50-79, 94-99, 152-163 en 165-169.

van de civielrechtelijke schorsingsmechanismen ten grondslag lag aan het optreden van de wetgever in deze materie.^{13, 14}

Vastheid van betrekking en inkomenszekerheid zijn beide elementen die verband houden met bestaanszekerheid.¹⁵ Vanuit dat opzicht dienen zij de menswaardigheid. Hetzelfde kan bijgevolg worden gezegd van het ‘schorsingsrecht’: doordat de schorsing, ondanks het zich voordoen van bepaalde gebeurtenissen, ervoor zorgt dat de arbeidsrelatie behouden blijft, draagt deze rechtsfiguur overduidelijk bij tot een menswaardig leven.¹⁶ Wie menswaardigheid zegt, zegt meteen ook grondrechten. Grondrechten garanderen namelijk de waardigheid van de menselijke persoon. Als het doel van de schorsing – doorheen het behoud van de dienstbetrekking (en de zekerheid omtrent het inkomen) – erin bestaat meer waardigheid te verschaffen aan de werknemer, lijkt het schorsingsrecht een verhaal van grondrechten. Hierbij lijkt vooral het recht op arbeid in het oog te springen.

Veelal wordt dit recht geformuleerd als een recht ten aanzien van de overheid waarbij deze een beleid dient te voeren gericht op de bevordering van een “volledige” of een “zo hoog en stabiel mogelijke” werkgelegenheid.¹⁷ Toch hoeft het zich hiertoe onzes inziens niet te beperken.^{18, 19} Verscheidene elementen wijzen erop dat het recht op arbeid ook en vooral een zaak is van het behoud van

¹³ Het verzekeren van meer stabiliteit en zekerheid wordt door de wetgever vanaf 1922 meermaals expliciet aangeduid als (één van de) doelstelling(en) van wetgevend tussenkomen. Zie bv.: *Hand. Senaat* 1921-22, 15 maart 1922, 367; *Parl.St. Senaat* 1953-54, nr. 170, 3; *Parl.St. Kamer* 1959-60, nr. 414/1, 1; *Parl.St. Kamer* 1959-60, nr. 414/12, 7; *Parl.St. Kamer* 1959-60, nr. 414/12, 12; *Hand. Kamer* 1959-60, 9 juni 1960, 3; *Parl.St. Senaat* 1959-60, nr. 463, 1; *Parl.St. Kamer* 1966-67, nr. 407/1, 1; *Hand. Kamer* 1968-69, 4 juni 1969, 31; *Hand. Senaat* 1969-1970, 6 november 1969, 50.

¹⁴ In dezelfde zin: M. DEFALQUE, “Nieuwe juridische bronnen van de arbeidsovereenkomst en waarborg van het loon”, *Arbbl.* 1956, 1532; H. GOETHALS, “Vastheid van betrekking” in *50 jaar Arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1989, 174; P. HORION, “Schorsing en beëindiging van de arbeidsovereenkomst”, *Arbbl.* 1955, 265; P. HORION, *Suspension du travail et salaire. Commentaire de la loi du 10 décembre 1962*, Luik, Faculté de droit de Liège & Martinus Nijhoff, 1963, 20.

¹⁵ U. DEPREZ, “Vastheid van de dienstbetrekking”, *RW* 1970-71, 1700. Zie ook H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 70.

¹⁶ K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 332.

¹⁷ Zie bv. art. 23 Gw.; art. 1 (H)ESH; art. 6 IVESCR; IAO-verdrag nr. 122, 9 juli 1964 betreffende de werkgelegenheidspolitiek (geratificeerd door België bij wet 12 juni 1969 houdende goedkeuring van het Verdrag nr. 122 betreffende werkgelegenheidspolitiek, BS 21 mei 1970); IAO-aanbeveling nr. 169, 26 juni 1984 betreffende de werkgelegenheidspolitiek. In art. 1 van deze aanbeveling lezen we: “*The promotion of full, productive and freely chosen employment provided for in the employment policy Convention and Recommendation, 1964, should be regarded as the means of achieving in practice the realisation of the right to work*”. In dezelfde zin: ILO, *General Survey concerning employment instruments* (2010), 24, www.ilo.org.

¹⁸ K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 461 e.v.

¹⁹ Anders: K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht* in I.C.A.-Reeks, Brugge, die Keure, 2004, 312-315.

bestaande werkgelegenheid, of anders gezegd van het verhinderen van ontslag.²⁰ Wanneer men de formulering van het recht op arbeid in internationale instrumenten of de tekst van artikel 23 Gw. bekijkt, kan men niet om de vaststelling heen dat het recht op arbeid in de eerste plaats een verplichting voor de overheid inhoudt op het vlak van werkgelegenheidsbeleid. Zowel in het (H)ESH²¹ als in het IVESCR²², wordt het voeren van een werkgelegenheidsbeleid uitdrukkelijk aangemerkt als een verplichting die verband houdt met het recht op arbeid, terwijl dat niet het geval is voor het aspect ‘ontslagbescherming’. Hieruit afleiden dat regels die beogen een ontslag te vermijden, niet kunnen worden gekaderd binnen de bescherming van het recht op arbeid, lijkt evenwel voorbarig.²³ De in internationale instrumenten besloten rechten zijn immers slechts minimumnormen. Bovendien zijn de opsommingen aan de hand waarvan men het recht op arbeid formuleert in bijvoorbeeld artikel 6 IVESCR en artikel 23 Gw. niet limitatief. In het *General Comment* nr. 18 van het IVESCR-Comité in verband met “*The right to work*” staat uitdrukkelijk te lezen dat artikel 6 IVESCR een algemene omschrijving geeft van het recht op arbeid en dat de opsomming niet exhaustief is.²⁴ Dit sluit overigens perfect aan bij de dynamische opvatting over sociale grondrechten. Sociale grondrechten hebben immers een evolutief karakter. De ruime invulling van het recht op arbeid, waarbij dan de regels die een ‘individuele ontslagbescherming’ bieden eveneens hiertoe behoren, wordt verder ook bestreden door te verwijzen naar het feit dat een vergaande vastheid van betrekking negatieve gevolgen kan hebben ten aanzien van de instroom van werkzoekenden.²⁵ Hoewel een dergelijke stelling zeker een grond van waarheid kan bevatten, rijst de vraag of er wel afdoende bewijzen zijn dat een verzwakking van de juridische bescherming tegen ontslag positieve gevolgen heeft op het aan-

²⁰ Zie onder meer A.G. HENDRIKS, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer, Kluwer, 1999, 92; B. HEPPLE, “A right to work?”, *Industrial Law Journal* 1981, 76; H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 13; M. STROOBANT, “De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 en het recht op arbeid” in M. STROOBANT en O. VANACHTER, *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 60. Zie ook O. ALBERS, “Recht op arbeid”, *SMA* 1980, 567-568; A.T.J.M. JACOBS, “Recht op arbeid; recht op billijke arbeidsvoorwaarden; recht op sociale zekerheid” in *Het Europees Sociaal Handvest in Ars aequi Libri – Rechten van de mens nr. 5*, Nijmegen, Stichting Ars Aequi Libri, 1982, 73; Tussenkomst E. VOGEL-POLSKY in INSTITUT D’ÉTUDES EUROPÉENNES UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES (ed.), *La Charte sociale européenne. Dix années d’application*, Brussel, Ed. de l’Université de Bruxelles, 1978, 79.

²¹ Herzene Europees Sociaal Handvest, goedgekeurd bij wet van 15 maart 2002, BS 10 mei 2004.

²² Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, aangenomen door de algemene vergadering van de Verenigde Naties op 19 december 1966, goedgekeurd bij wet 15 mei 1981, BS 6 juli 1983 en voor de Vlaamse Gemeenschap bij Decr. 25 januari 1986, BS 26 februari 1983.

²³ K. REYNIERS, *(Verboden) arbeid. (Grond)rechtelijke analyse van het arbeidsbegrip toegepast op de arbeidsverboden uit de wet van 16 maart 1971*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 149-150.

²⁴ *General Comment* nr. 18, “The right to work”, nr. 2 te raadplegen via <http://tb.ohchr.org>.

²⁵ K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht* in *I.C.A.-Reeks*, Brugge, die Keure, 2004, 311-315.

wervingsgedrag van werkgevers.²⁶ Tot slot wordt vanuit de filosofie dat het recht op arbeid noopt tot een beleid dat gericht is op het creëren van werkgelegenheid en dit financieel gezonde en dus competitieve ondernemingen vereist, eveneens gewezen op de spanning die kan bestaan tussen het recht op arbeid enerzijds en een ‘individuele ontslagbescherming’ anderzijds. Wanneer wordt aangenomen dat de ontslagbescherming de competitiviteit van ondernemingen in het gedrang kan brengen, lijkt de bescherming van de vastheid van betrekking op gespannen voet te staan met het recht op arbeid. Welnu, de IAO erkent in zijn commentaar bij het IAO-verdrag nr. 158²⁷ dat er zeer goede redenen zijn om aan te nemen dat een gematigde ontslagbescherming het verlies van jobs door ‘ongerechtvaardigd ontslag’ kan vermijden, terwijl tezelfdertijd een positieve bijdrage kan worden geleverd tot de competitiviteit van ondernemingen.²⁸

Ook Marc RIGAUX heeft zich de voorbije jaren een aanhanger getoond van de stelling dat het recht op arbeid niet enkel een zaak is van het scheppen van werk. Hij is van oordeel dat de regels van het ontslagrecht en van de ontslagbescherming eveneens bijdragen tot het realiseren van het recht op arbeid.²⁹ Hij wijst er bovendien op dat het aan de overheid toebedelen van een verplichting een *full-employment*-politiek te voeren, of een optimale werkgelegenheidsgraad te benaastigen, van enige hypocrisie getuigt. Men spreekt de nationale overheid eigenlijk aan als een soort van beheerder van het economisch systeem die de verhoudingen zo kan herschikken dat werkgelegenheid wordt gecreëerd, terwijl de geglobaliseerde economische verhoudingen in feite hebben geleid tot een ontmanteling van het staatsgezag.³⁰

Uit het bovenstaande blijkt dat een bepaald deel van de rechtsleer duidelijk openstaat voor een ruime invulling van het recht op arbeid (en zelfs ruimte ziet voor een individuele draagwijdte van specifieke aspecten van dit recht).³¹ Dit staat echter in fel contrast met de rechtspraak, die zich tot op heden veeleer terughoudend opstelt.³²

²⁶ Zie bv. ook J. PÉLISSIER, A. SUPLOT en A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Parijs, Dalloz, 2006, 265, die erop wijzen dat de deregulering die de Franse regering nastreefde met de zogenaamde ‘*contrat nouvelles embauches*’ waarbij onder meer de verplichting om het ontslag te motiveren kwam te vervallen, weinig invloed vertoonde op het aanwervingsgedrag van werkgevers.

²⁷ IAO-verdrag nr. 158, 22 juni 1982 betreffende de beëindiging van de tewerkstelling, www.ilo.org/ilolex. Het verdrag werd niet geratificeerd door België.

²⁸ ILO, *General Survey: Protection against unjustified dismissal: final remarks* (1995), nr. 378, www.ilo.org.

²⁹ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 110, nr. 126.

³⁰ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 108, nr. 123.

³¹ Zie bv. A.T.J.M. JACOBS, “Recht op arbeid; recht op billijke arbeidsvoorwaarden; recht op sociale zekerheid” in *Het Europees Sociaal Handvest in Ars aequi Libri – Rechten van de mens* nr. 5, Nijmegen, Stichting Ars Aequi Libri, 1982, 73. Zie eveneens O. ALBERS, “Recht op arbeid”, *SMA* 1980, 567-568.

³² Wanneer het recht al eens opduikt in geschillen, is dit vnl. het geval bij (het verbieden van) een collectieve actie. Zie H. FUNCK, “L’article 23 de la constitution, à travers la jurisprudence

Wie aanneemt dat het recht op arbeid ruimer is dan alleen maar een werkgelegenheidsbeleid en eveneens het behoud van bestaande werkgelegenheid omvat, ook wel geformuleerd als vastheid van betrekking³³, moet erkennen dat niet alleen de regels van het ontslagrecht en de ontslagbescherming, maar ook deze van het schorsingsrecht in het perspectief van het recht op arbeid moeten worden geplaatst. Deze regels beogen immers meer stabiliteit van de dienstbetrekking en willen daardoor in wezen ontslag vermijden.³⁴

Dit betekent nochtans niet dat de schorsing daartoe beperkt zou blijven en geen verband zou houden met vele andere grondrechten. Uit de filosofie van de schorsing in het arbeidsrecht komt duidelijk naar voren dat een onderneming niet alleen te maken heeft met de ‘producerende werknemer’, de ‘werker’, maar ook met de mens. Wanneer een onderneming een werknemer in dienst neemt, is het niet alleen de arbeidskracht die in dienst treedt, maar de hele mens, met zijn vermogen te presteren, maar ook met zijn menselijke behoeften.³⁵ Die behoeften zijn niet enkel terug te brengen tot de arbeid en het eruit voortvloeiende inkomen, maar hebben eveneens betrekking op de bescherming van de gezondheid, de persoonlijke ontplooiing, de nodige rust, het familie- en het gezinsleven, ... Deze fundamentele behoeften worden gezamenlijk of afzonderlijk geconcretiseerd in de verschillende vormen van schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Nemen we het voorbeeld van de zwangerschap, dan stellen we vast dat deze schorsingsgrond niet alleen het recht op arbeid van de zwangere werknemer beschermt, maar ook het recht op gezondheid. Door bij schorsing wegens zwangerschap overigens het financiële risico volledig bij de ziekteverzekering te leggen, heeft men willen voorkomen dat door het opleggen van de financiële last aan de werkgever de aanwerving van deze kwetsbare groep bemoeilijkt zou worden. Het recht op vorming en onderwijs krijgt gestalte in het betaald educatief verlof, terwijl het politiek verlof het recht op deelname aan het politieke leven van de werknemer waarborgt. Schorsingsgronden, zoals het tijdskrediet, de zogenaamde thematische verlopen, het vaderschaps- en adoptieverlof en het verlof voor pleegzorgen, hebben onmiskenbaar een sterke band met het privéleven. Deze schorsingsgronden moeten de werknemers immers de mogelijkheid bieden over meer tijd te beschikken teneinde hun familiale en sociale verplichtingen na te komen.³⁶

des cours et tribunaux (1994-2008): un droit en arrière – fond ou l’ultime recours du juge?” in W. RAUWS en M. STROOBANT (eds.), *Sociale en economische grondrechten. Artikel 23 Gw.: een stand van zaken na twee decennia*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 77-78; K. REYNIEERS, *(Verboden) arbeid. (Grond)rechtelijke analyse van het arbeidsbegrip toegepast op de arbeidsverboden uit de wet van 16 maart 1971*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 151.

³³ Tussenkomst E. VOGEL-POLSKY in INSTITUT D’ÉTUDES EUROPÉENNES UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES (ed.), *La Charte sociale européenne. Dix années d’application*, Brussel, Ed. de l’Université de Bruxelles, 1978, 79.

³⁴ K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 462 e.v. en 645 e.v.

³⁵ *Parl.St.* Kamer 1959-60, nr. 414/12, 3; *Hand.* Kamer 1959-60, 9 juni 1960, 4.

³⁶ K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 356.

De figuur van de schorsing in het arbeidsrecht is dus niet enkel een concretisering van het recht op arbeid, in die zin dat de arbeidsrelatie niet verloren gaat wanneer er zich een bepaalde gebeurtenis voordoet die leidt tot het tijdelijk niet uitvoeren van de verbintenissen. Zij laat de werknemer ook de mogelijkheid om zich volledig te ontplooiën, mogelijk zelfs op andere terreinen dan de arbeid. Door het schorsingsrecht kan een werknemer bepaalde behoeften laten spelen, terwijl tegelijkertijd zijn verplichting arbeid te presteren naar de achtergrond wordt verdrongen, in een aantal gevallen zelfs met behoud van een recht op loon ten laste van de werkgever. Ook op die manier geeft de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst gestalte aan grondrechten.

De bovenstaande analyse toont onzes inziens aan dat RIGAUX het in 1990 bij het rechte eind had toen hij de cassatierechtspraak in verband met de definitieve arbeidsongeschiktheid bekritiseerde door onder meer te stellen dat het stelsel van de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst werkt volgens een dynamiek die nagenoeg vreemd is aan deze van het civiele recht. Hij legde toen nog niet het verband met de grondrechten, zoals hij dit in latere bijdragen wel deed.³⁷ Maar het moge duidelijk zijn dat de regeling van de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt aangetrokken door het recht op arbeid (en andere grondrechten) en niet gebaseerd is op de termen van foutieve en niet-foutieve niet-uitvoering zoals dat in de regels van het algemene stelsel wel het geval is.

Wanneer ook de definitieve arbeidsongeschiktheid wordt losgemaakt van de concepten uit het burgerlijk recht, meer bepaald de overmacht, leidt deze tot een ‘definitieve schorsing’ (tenminste voor zover er geen afdwingbare reclasseringsverplichtingen gelden).³⁸ Dit betekent dat (na verloop van tijd) de partijen definitief bevrijd zijn van de verdere uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Door de definitieve schorsing zal de arbeidsovereenkomst als het ware uitdoven. Het onderscheid tussen een definitieve schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht mag vanuit dat perspectief eerder minimaal lijken. Toch is de keuze voor een schorsing in plaats van een beëindiging op grond van definitieve overmacht van belang, niet alleen ten aanzien van de ontslagvergoeding die in dat geval wel kan worden verkregen bij beëindiging³⁹, maar ook ten aanzien van het recht op

³⁷ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 49, nr. 52: “Doorheen het schorsingsrecht zal de regelgever onder meer een aantal grondrechten concretiseren en realiseren.” In feite kan voor hem ongeveer elk recht van de werknemer worden teruggekoppeld naar één of meer grondrechten. Zie M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 233, nr. 310.

³⁸ Zie in dit verband het Franse voorbeeld zoals verderop in de tekst wordt uiteengezet.

³⁹ Voor zover de werkgever hiertoe daadwerkelijk zou overgaan. Het is best denkbaar, zoals het Franse voorbeeld aantoont (cf. *infra*), dat een werkgever, louter en alleen om de betaling van de ontslagvergoeding te vermijden, zich niet op ontslag beroept.

gewaarborgd loon (in de hypothese waarbij de arbeidsongeschiktheid reeds van meet af aan definitief is).⁴⁰

II. INKOMENSWAARBORG EN RISICOVERDELING

RIGAUX staat in zijn bijdrage in 1990 ook stil bij de risicoverdeling die indirect blijkt uit de schorsingsregeling. Naargelang het geval zal er bij de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewaarborgd loon, een socialezekerheidsuitkering⁴¹ of helemaal niets verschuldigd zijn. Bij niet-uitvoering van de arbeidsovereenkomst zal er in de tijd een risicoverdeling tot stand komen waarbij veelal⁴² twee of drie van de betrokken partijen zullen instaan voor het inkomensverlies. De bijdrage van de gemeenschap in de inkomenswaarborg betreft evident de betaling van socialezekerheidsuitkeringen. De werknemer zelf ontsnapt evenmin aan de risicoverdeling. Voor hem is er inkomensverlies bij een eventueel verschil tussen gederfd loon en gewaarborgd loon en bij verschil tussen gederfd loon en socialezekerheidsuitkering, en evident ook wanneer er noch gewaarborgd loon, noch socialezekerheidsuitkering is. De werkgever draagt bij via de betaling van het gewaarborgd loon. Maar de inkomenswaarborg van de werkgever kan zich ook nog op een ander terrein uitstrekken. Doordat de opzegtermijn bij bepaalde gevallen van schorsing (waaronder de arbeidsongeschiktheid) ophoudt te lopen⁴³, kan de werkgever de overeenkomst op dat moment enkel beëindigen door middel van een beëindigingsvergoeding. Deze vergoeding dient in essentie tot het overbruggen van de periode nodig voor het vinden van een nieuwe gelijkwaardige betrekking. Welnu, de kans is zeer reëel dat de definitief arbeidsongeschikte werknemer meer tijd nodig heeft om deze te vinden⁴⁴, terwijl hij door de beëindiging op grond van overmacht elke vorm van ontslagvergoeding aan zijn neus ziet voorbijgaan. Het standpunt van het Hof van Cassatie leidt er derhalve toe dat de werkgever wordt gespaard en dat de last van het verlies van de dienstbetrekking wordt doorgeschoven naar de gemeenschap en de definitief arbeids-

⁴⁰ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 766.

⁴¹ Deze kan onmiddellijk verschuldigd zijn, dan wel pas na het verstrijken van de periode van gewaarborgd loon.

⁴² In enkele gevallen is er slechts één partij die het financiële risico van de schorsing draagt. Zo bv. bij niet-gemotiveerd tijdskrediet waarvoor er sedert 1 januari 2015 geen uitkering meer bestaat, zodat het financiële risico volledig voor rekening van de werknemer komt.

⁴³ Art. 37/7 en 38 Arbeidsovereenkomstenwet.

⁴⁴ Dit werd ook bevestigd door minister van Werk MILQUET, die in een antwoord op een parlementaire vraag over het uitblijven van een uitvoeringsbesluit bij art. 34 Arbeidsovereenkomstenwet het volgende liet optekenen: "Werknemers die ten gevolge van ziekte of ongeval niet meer in staat zijn om het werk te verrichten dat bij de sluiting van de arbeidsovereenkomst werd overeengekomen, worden vaak het slachtoffer van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst en vinden achteraf nog zelden een betrekking". Zie *Parl.St.* Kamer 2008-09, CRIV 52 COM 554, 12 mei 2009, 2.

ongeschikte werknemer zelf.⁴⁵ We staan derhalve nog ver van de Franse situatie – zie verder in deze bijdrage – waarbij de definitieve arbeidsongeschiktheid als een exploitatierisico wordt beschouwd waarvoor de werkgever de volle verantwoordelijkheid draagt.

Bovenaande boodschap van RIGAUX heeft geen weerklink gevonden bij de wetgever. Artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet, ingevoerd bij wet van 27 april 2007, brengt weliswaar enige correctie aan aan de cassatierechtspraak door een beroep op beëindigende overmacht bij definitieve arbeidsongeschiktheid enkel mogelijk te maken na een verplicht te volgen voorafgaandelijke procedure, maar de principiële gelijkstelling van arbeidsongeschiktheid met overmacht blijft behouden. Bovendien, en dat is toch ook vermeldenswaard, kwam dit wetgevende ingrijpen er niet (in eerste instantie) om de rechtspositie van de arbeidsongeschikte werknemer te versterken, maar wel om sociale fraude tegen te gaan.⁴⁶ De wetgever wenste vooral paal en perk te stellen aan praktijken waarbij werkgever en werknemer akkoord gaan met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op basis van een voorgewende medische overmacht.⁴⁷ De voordelen voor beide partijen zijn duidelijk: de werkgever ontsnapt aan zijn verplichting tot naleving van een opzegtermijn of tot betaling van een opzegvergoeding en de werknemer kan onmiddellijk een recht op werkloosheidsuitkering genereren.⁴⁸

Met artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet wordt de vaststelling van overmacht op basis van definitieve arbeidsongeschiktheid derhalve bemoeilijkt, maar niet onmogelijk gemaakt. Het is ontluisterend te moeten vaststellen dat anno 2015⁴⁹ deze beperkte ambities (nog steeds) niet kunnen worden gerealiseerd om de eenvoudige reden dat de uitvoeringsbesluiten, die ook de datum van inwerkingtreding van artikel 34 moeten bepalen, nog steeds op zich laten wachten. Zoals bekend is dit te wijten aan het feit dat men eerst nog de verenigbaarheid wil onderzoeken van artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet met bestaande reglementeringen die ‘reclasseringsbepalingen’ bevatten, een onderzoek dat ondertussen reeds meer dan zes jaar loopt ...⁵⁰

⁴⁵ M. RIGAUX, “Definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een financieel risico ten laste van de werkgever (naar aanleiding van Cassatie 13 februari 1989)”, *Soc.Kron.* 1990, 4.

⁴⁶ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 3058/001, 24, 25 en 26.

⁴⁷ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 3058/001, 26.

⁴⁸ A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 392.

⁴⁹ Reeds zes jaar geleden, in 2009, schreven we: “Anno 2009 hadden we gehoopt in deze saga beter nieuws te brengen.” Zie A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 368.

⁵⁰ Minister van Werk MILQUET stelde reeds in 2009 dat het “niet uitgesloten is dat een aanpassing van artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet moet worden overwogen”. Zie *Parl.St.* Kamer 2008-09, CRIV 52 COM 554, 12 mei 2009, 2.

Recent kwamen er signalen dat dit onderzoek en de bijbehorende uitvoering van artikel 34 niet dood en begraven is. In november 2014 stelde de federale minister bevoegd voor Werk namelijk zijn algemene beleidsnota voor in het federale Parlement. Het zevende hoofdstuk van deze nota is gewijd aan ‘werkbaar werk’ en bevat twee onderdelen: een stuk over het welzijn op het werk en een ander deel over maatregelen die een terugkeer naar het werk moeten bevorderen. Daar lezen we onder meer dat “de bepalingen die betrekking hebben op de re-integratie van definitief arbeidsongeschikten herbekeken moeten worden en verruimd naar langdurig arbeidsongeschikten. Deze oefening zal onlosmakelijk verbonden zijn met het herbekijken van artikel 34 van de arbeidsovereenkomstenwet in functie van de opmerkingen van de Hoge Raad voor Preventie en Bescherming op het werk en de Raad van State over dit onderwerp.”⁵¹ We vermoeden dat met “de bepalingen die betrekking hebben op de re-integratie van definitief arbeidsongeschikten” in eerste instantie gekeken wordt naar artikel 72 van het koninklijk besluit 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers.⁵² De opmerkingen van de Hoge Raad voor Preventie en Bescherming op het werk waarnaar wordt verwezen, zijn deze die blijken uit het advies nr. 128 dat voormelde raad op 20 juni 2008 uitbracht.⁵³ Dit advies was gevraagd bij een ontwerp van koninklijk besluit dat de nadere procedureregels voor de vaststelling van de definitieve arbeidsongeschiktheid vastlegde. Frappant is dat de vertegenwoordigers in de Hoge Raad het principe van beëindigende overmacht in geval van definitieve arbeidsongeschiktheid als dusdanig niet in vraag stelden. Wel werd er een hele resem andere opmerkingen gemaakt. Ook door het ACV, dat desondanks wel een gunstig advies verleende. Het baseerde zich hiervoor op het feit dat de reclaseringsprocedure (in art. 34 Arbeidsovereenkomstenwet en het ontwerp van KB) de werknemer “beschermt tegen een overhaaste (eigen onderstreping) beslissing betreffende het einde van een contract wegens overmacht. De procedure biedt immers de gelegenheid om de mogelijkheden grondig te onderzoeken om een werknemer in een activiteit te houden die zo dicht mogelijk aansluit met de bezigheden van voor de ongeschiktheid. Ze zou de mogelijkheden moeten verbeteren om pertinente reclasseringen uit te voeren.”⁵⁴ Hetzelfde verhaal zien we bij het ABVV en ACLBV: ook hier worden er geen vraagtekens geplaatst bij de principiële gelijkstelling van arbeidsongeschiktheid met overmacht. Beide organisaties verleenden weliswaar een ongunstig advies, maar deden dit niet uit onvrede met het behoud van het principe van beëindigende overmacht in geval van definitieve arbeidsongeschiktheid. Ook in de teksten van het platform ‘Return to work’ dat binnen de NAR werd opgericht en zich daar buigt over de vraag hoe men

⁵¹ *Parl.St.* Kamer 2014-15, 0588/003, 26.

⁵² KB 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers, BS 16 juni 2003.

⁵³ Advies nr. 128 van 20 juni 2008 over het ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 34 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

⁵⁴ Advies nr. 128 van 20 juni 2008 over het ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 34 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, 3.

arbeidsongeschikte werknemers aan het werk kan houden en kan herinschakelen, wordt de principiële gelijkstelling van arbeidsongeschiktheid met overmacht niet ter discussie gesteld. Meer nog, in het hoofdstuk aangaande de aanmoedigingsmaatregelen voor het aan het werk houden of het herinschakelen van werknemers die zich in een situatie van definitieve arbeidsongeschiktheid bevinden, wordt uitdrukkelijk naar artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet verwezen.⁵⁵ Dit artikel prijkt zelfs boven aan het lijstje met maatregelen. We betwijfelen geenszins dat een bepaling die de werkgever ertoe verplicht om voorafgaand aan de beëindiging ernstig te onderzoeken of er mogelijkheden zijn tot aanpassing van de arbeidspost of tot ander werk wanneer men van tewerkstelling en activering een topprioriteit maakt. Een volwaardige bescherming van de definitief arbeidsongeschikte werknemer moet evenwel verder gaan. Wanneer bij gebreke aan mogelijkheden tot aanpassing of ander werk tot beëindiging moet worden overgaan, dient dit te gebeuren aan de hand van de normale opzegregeling. Op dit punt onderschrijven wij de stelling van RIGAUX volkomen.

Op basis van de opmerkingen geformuleerd in de schoot van de Hoge Raad voor Preventie en Bescherming op het Werk en de werkzaamheden in het platform ‘*Return to work*’ achten wij het evenwel weinig waarschijnlijk dat de minister van Werk artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet in die zin zal wijzigen. Voor een bijsturing van het artikel is alle hoop gericht op de Raad van State die – niet geheel toevallig – de visie van RIGAUX deelt. In zijn advies bij het ontwerp van amendement van de regering op het ontwerp van wet “houdende diverse bepalingen (IV)” wijst de Raad er uitdrukkelijk op dat de principiële gelijkstelling van arbeidsongeschiktheid met overmacht niet spoort met de oorspronkelijke wil van de wetgever om, op het vlak van de regeling van de gevolgen van de arbeidsongeschiktheid op de arbeidsovereenkomst, geen toepassing te maken van de civielrechtelijke beginselen van de goede trouw, de aansprakelijkheid en de overmacht.⁵⁶ In deze arbeidsrechtelijke regeling is de schorsende werking van de arbeidsongeschiktheid dus niet afhankelijk van het bewijs door de werknemer dat ziekte of ongeval voor hem overmacht uitmaakt. Dat de werknemer zelf schuld zou treffen aan de arbeidsongeschiktheid is evenmin relevant. En hoewel artikel 34 als uitgangspunt hanteert dat de blijvende arbeidsongeschiktheid “niet automatisch” een einde stelt aan de arbeidsovereenkomst, onderschrijft het toch de principiële gelijkstelling van

⁵⁵ Dossier Vrijwillige terugkeer naar werk van personen met een gezondheidsprobleem – Platform ‘*Return to work*’ – Aan het werk houden en herinschakelen van arbeidsongeschikte werknemers – socialezekerheidsregulering, 5, www.nar.be.

⁵⁶ RAUWS is hierin voor wat betreft de overmacht enigszins genuanceerder. Hij komt na een analyse van de parlementaire werkzaamheden tot de vaststelling dat deze geen *sluitend* antwoord kunnen bieden op de vraag of de wetgever de arbeidsongeschiktheid al dan niet volledig buiten de overmacht heeft willen plaatsen. Wil men toch besluiten trekken uit de parlementaire geschiedenis, dan helt ook voor hem de balans zeker over naar de kant van de stelling dat de wetgever de gevolgen van de arbeidsongeschiktheid als autonoom en volledig losstaande van de overmacht heeft willen regelen. Zie W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 740-747.

deze vorm van arbeidsongeschiktheid met overmacht, aldus de Raad. Hij vraagt zich vervolgens af of de ontworpen regeling op die wijze niet nauwer aanleunt bij eerder vermelde beginselen van het algemene overeenkomstenrecht.⁵⁷ De Raad merkt verder ook op dat een mogelijke ongelijke behandeling dreigt vanuit het oogpunt van de bestaanszekerheid van de werknemers, vermits artikel 34 ertoe leidt dat enkel tijdelijke – en dus niet definitief – arbeidsongeschikte werknemers een opzegvergoeding ontvangen. Deze bemerking werd weerlegd.⁵⁸ De situatie van beide categorieën van arbeidsongeschikten werd namelijk fundamenteel verschillend geacht. Terwijl tijdelijk arbeidsongeschikten per definitie in staat zijn om na het einde van hun arbeidsongeschiktheid de bedongen arbeid te hervatten, is dit precies voor definitief arbeidsongeschikten, als gevolg van de medische toestand waarin zij verkeren, niet het geval.⁵⁹ Maar is deze redenering nu net geen erkenning van het feit dat er een behoefte bestaat om de bestaanszekerheid van de definitief arbeidsongeschikten beter te ondersteunen?

III. ALS HET REGENT IN FRANKRIJK, DRUPPELT HET NIET ALTIJD IN BELGIË ...

In zijn kritiek naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 13 februari 1989 heeft RIGAUX geen rechtsvergelijkende kanttekeningen geplaatst. Opmerkelijk nu hij in zijn latere geschriften vaak naar Frankrijk verwijst en hierbij niet nalaat de sociale kamer van het Franse Hof van Cassatie te roemen omwille van zijn uitermate sociaaltvriendelijk beleid.⁶⁰ Opmerkelijk ook nu precies Frankrijk ten aanzien van de kwalificatie van een beëindiging wegens definitieve ongeschiktheid voor de bedongen arbeid een belangrijke en leerrijke ontwikkeling laat zien. Mogelijk ligt de verklaring in het feit dat één van zijn poulains, Wilfried RAUWS⁶¹, reeds in 1986 in zijn doctoraat uitgebreid op deze Franse ontwikkeling had ingezoomd. Gelet op de beoogde herziening van artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet, lijkt het ons evenwel geen overbodige luxe om de krachtlijnen van deze Franse evolutie even in herinnering te brengen. Belangrijk is dat in heel deze ontwikkeling van bij de aanvang het onderscheid tussen de arbeidsongeschiktheid, naargelang deze al dan niet een professionele oorzaak had, centraal stond.

⁵⁷ Advies nr. 128 van 20 juni 2008 over het ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 34 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, 4.

⁵⁸ Advies nr. 128 van 20 juni 2008 over het ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 34 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, 4.

⁵⁹ *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 0588/003, 27.

⁶⁰ Zie onder meer M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 119.

⁶¹ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 759-766.

Reeds vanaf 1975⁶² werd bij een beëindiging op basis van een arbeidsongeschiktheid te wijten aan een arbeidsongeval of een beroepsziekte aan de arbeidsongeschikte werknemer een recht op ontslagvergoeding toegekend. Deze visie werd sterk gevoed door de idee dat arbeidsongevallen (en beroepsziekten) professionele risico's uitmaken en de werkgever hiervoor de ultieme verantwoordelijkheid draagt. Het arbeidsrecht sluit hiermee ook beter aan bij de sociale zekerheid, die de werkgever ertoe verplicht voor elk arbeidsongeval een gewaarborgde maar beperkte vergoeding te betalen, vanuit de gedachte dat een arbeidsongeval een inherent risico van de arbeidsovereenkomst vormt. Deze gedachtegang volgend, lijkt het inderdaad moeilijk aanvaardbaar op arbeidsrechtelijk vlak de werkgever toe te laten een beëindiging wegens arbeidsongeschiktheid voortvloeiend uit een professioneel risico als 'overmacht' te kwalificeren en op deze basis de werknemer elk recht op vergoeding te ontnemen.

Hoewel in de Franse doctrine meermaals vanuit het gelijkheidsbeginsel eenzelfde behandeling van arbeidsongeschikte werknemers, ongeacht de oorzaak, werd bepleit, heeft het veel langer geduurd om ook bij een arbeidsongeschiktheid te wijten aan een niet-professionele oorzaak dit gegeven te erkennen. Meer dan vijftien jaar bleef men immers trouw aan het *Figaro*-arrest van 14 december 1960⁶³, dat oordeelde dat een aanhoudende ziekte van een werknemer, een geval van beëindigende overmacht 'kan' uitmaken. De term 'kan' geeft hierbij aan dat niet elke lange afwezigheid beëindigende overmacht zal zijn, maar er wel, gelet op de omstandigheden, kan toe leiden, indien zij tot de effectieve vervanging van de werknemer noopt. Het is derhalve niet zozeer de lange ziekte op zich maar wel de noodzaak tot vervanging, die bij de aanwerving als onvoorzienbaar wordt geacht, die de overmacht uitmaakt.⁶⁴ Deze uitspraak werd in de doctrine bijzonder negatief onthaald. Deze scherpe kritiek weerhield het Hof van Cassatie er dan ook van om in latere arresten de term 'overmacht' in de mond te nemen en leidde tot een bizarre rechtspraak waarbij de beëindiging wegens definitieve ongeschiktheid een beëindigingswijze werd die een tussenpositie inhield tussen 'ontslag' enerzijds en 'overmacht' anderzijds. Sinds het arrest van 29 juni 1977⁶⁵ werd immers het "initiatief tot beëindiging" duidelijk van de "toerekenbaarheid van de beëindiging" onderscheiden. Stelt een werkgever de beëindiging van de overeenkomst op basis van definitieve arbeidsongeschiktheid te wijten aan een niet-professionele oorzaak vast, dan is duidelijk dat de werkgever hierbij het initiatief tot beëindiging neemt. Hierdoor is hij verplicht (enkel) de ontslagprocedures (zoals onder meer de plicht tot voorafgaand verhoor) te eerbiedigen. Vermits evenwel de oorzaak van

⁶² Cass. fr. 10 juli 1975, *Droit Ouvrier* 1976, 19, *Droit Social* 1978, 321; Cass. Fr. 11 juli 1975, *Droit Ouvrier* 1976, 20, *Droit Social* 1978, 232. Voor een bespreking van deze rechtspraak, zie ook W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 762.

⁶³ Cass. fr. 14 december 1960, *JCP* 1961, II, nr. 11985, noot.

⁶⁴ A. JEAMMAUD, noot onder Cass. fr. 15 en 29 juni 1977, *Dalloz* 1978, 441.

⁶⁵ Cass. fr. 29 juni 1977, *Dalloz* 1978, 441.

de beëindiging niet aan hem te wijten was, kon de beëindiging hem niet worden 'toegerekend', waardoor hij niet verplicht kon worden enige ontslagvergoeding te betalen.⁶⁶ Samen met heel wat Franse auteurs concludeerde RAUWS⁶⁷ terecht dat hiermede een hybride beëindigingswijze ontstond die het midden hield tussen beëindiging door overmacht en een ontslag. Terwijl voor de ontslagprocedures de beëindiging als een ontslag wordt beschouwd, blijft deze beëindiging voor wat betreft de verschuldigde vergoedingen, dezelfde nefaste gevolgen als een beëindigende overmacht genereren. Vele critici fulmineerden tegen de gedachte een beëindiging als niet toerekenbaar aan de werkgever te beschouwen, louter omdat het motief van de beëindiging de werkgever niet verwijtbaar was.⁶⁸ Bij zulke redenering wordt immers de wijze van beëindiging ten onrechte door de oorzaak van de beëindiging bepaald.⁶⁹ Een vreemde gedachtegang nu niemand eraan twijfelt een beëindiging wegens onbekwaamheid van de werknemer als een 'ontslag' te kwalificeren, terwijl uiteraard ook deze onbekwaamheid niet aan de werkgever kan worden toegerekend. Zodra de beëindiging terug te brengen is op een eenzijdig initiatief van de werkgever, zou de kwalificatie 'ontslag' moeten volgen en op basis hiervan niet alleen de ontslagprocedures moeten worden gevolgd maar ook de verschuldigde ontslagvergoedingen moeten worden uitbetaald. Het heeft evenwel nog dertien jaar geduurd vooraleer het Hof van Cassatie in een arrest van 29 november 1990⁷⁰ onomwonden de beëindiging op basis van definitieve ongeschiktheid te wijten aan een niet-professionele oorzaak als een 'ontslag' kwalificeert wat voor de werknemer, ongeacht of de beëindiging al dan niet aan de werkgever toerekenbaar is, een recht op ontslagvergoeding genereert. Via deze rechtspraak werd een meer coherent ontslagrecht gerealiseerd. Evenals de onbekwaamheid van een werknemer wordt voortaan ook de langdurige en dus ook definitieve arbeidsongeschiktheid van een werknemer als een exploitatierisico beschouwd waarvoor de werkgever de volle verantwoordelijkheid draagt. Ook vanuit de billijkheid is het moeilijk te begrijpen waarom een arbeidsongeschikte werknemer minder gunstig behandeld zou worden dan een werknemer wiens arbeidsovereenkomst wegens zijn foutieve houding wordt beëindigd.

Een werkgever was evenwel niet verplicht de overeenkomst van een definitief arbeidsongeschikte werknemer te beëindigen. Ingevolge voormeld arrest lieten

⁶⁶ J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD en E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Parijs, Dalloz, 2008, 357-358.

⁶⁷ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 764.

⁶⁸ J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD en E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Parijs, Dalloz, 2008, 358.

⁶⁹ A. JEAMMAUD, noot onder 5 en 19 oktober 1977, *Dalloz* 1978, 411.

⁷⁰ Cass. soc. 29 november 1990, *Droit Social* 1991, 115, noot J. SAVATIER; *Dalloz* 1991, 339, noot N. DECOOPMAN. We merken op dat volgens bepaalde auteurs (zie onder meer J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD en E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Parijs, Dalloz, 2008, 358) deze nieuwe visie reeds werd ingeluid door een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 21 april 1988, maar dit arrest betrof nog de bijzondere situatie waarin de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid lag in de tewerkstellingsvoorwaarden van de onderneming.

vele werkgevers dan ook na tot de beëindiging over te gaan, louter en alleen om de betaling van de ontslagvergoeding te vermijden. Dit heeft de Franse regelgever verholpen door sinds 1992 meer op de reclasseringsplicht in te zoomen. Sinds deze ingreep wordt de werkgever verplicht een andere job voor de arbeidsongeschikte werknemer te zoeken, rekening houdend met de aanbevelingen van de arbeidsgeneesheer. Indien deze reclassering niet plaatsvindt binnen de maand die volgt op het medisch onderzoek van werkhervatting en bij ontstentenis van ontslag binnen deze termijn, is de werkgever verplicht het loon te betalen overeenstemmend met het werk dat hij uitoefende vooraleer de arbeidsovereenkomst werd geschorst.⁷¹ Deze maatregel was een efficiënte financiële incentive om de werkgever ertoe aan te zetten zijn verantwoordelijkheid op te nemen.⁷²

Sinds de wet op de sociale modernisering van 17 januari 2012 heeft de Franse regelgever de gevolgen van een beëindiging wegens een gebeurtenis die overmacht uitmaakt sterk ingeperkt. Artikel L.1234-13 van de Franse Code du Travail⁷³ voorziet voortaan dat een werknemer die ingevolge overmacht zijn job verliest recht heeft op een vergoeding ten laste van de werkgever. Enkel bij sluiting van onderneming⁷⁴ zou de overmacht de werkgever nog bevrijden van de verplichting een opzegging te betekenen en een ontslagvergoeding uit te betalen.

Er is weinig van voormelde ideeën terug te vinden in het huidige artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet. Zoals reeds aangegeven, blijft men in principe een beëindiging op basis van overmacht wegens definitieve arbeidsongeschiktheid mogelijk achten. De vaststelling van de overmacht op basis van definitieve arbeidsongeschiktheid wordt enkel bemoeilijkt door de werkgever te verplichten voorafgaandelijk de mogelijkheden tot inschakeling in het bedrijf te onderzoeken. Gelet op het toenemende belang van de re-integratie van personen met gezondheidsproblemen is het onbegrijpelijk dat deze bepaling nog steeds geen uitvoering kent. Als gevolg hiervan blijft de onzekerheid voortbestaan over de vraag of en zo ja, in welke mate de bepalingen van de welzijnsreglementering met het arbeidsrecht interfereren. Twee standpunten tekenen zich hierbij in de rechtspraak af. Volgens een eerste strekking zijn het arbeidsrecht en de welzijnsreglementering als het ware afgescheiden werelden die met elkaar niets te maken hebben. De bepalingen van het KB van 28 mei 2003⁷⁵, die onder meer de werkgever ertoe verplichten op zoek te gaan naar aangepast werk, beogen de bescherming van

⁷¹ (Oud) art. L 122-24-4, thans L 1226-4 Franse Code du Travail.

⁷² A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Parijs, Montchrestien, 2000, nr. 586.

⁷³ Art. L.1234-13 Franse Code du Travail: "Lorsque la rupture du contrat de travail à durée indéterminée résulte d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure, le salarié a droit à une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui qui aurait résulté de l'application des articles L. 1234-5, relatif à l'indemnité compensatrice de préavis, et L. 1234-9, relatif à l'indemnité de licenciement".

⁷⁴ Art. L.1234-12 Franse Code du Travail: "La cessation de l'entreprise pour cas de force majeure libère l'employeur de l'obligation de respecter le préavis et de verser l'indemnité de licenciement prévue à l'article L.1234-9".

⁷⁵ KB 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers, BS 16 juni 2003.

de gezondheid van de werknemers en hebben geenszins tot doel te bepalen of er al dan niet van beëindigende overmacht sprake is. Dit KB zou zelfs onmogelijk de beëindigingsmodaliteiten van een arbeidsovereenkomst kunnen regelen, nu geen enkele wet de Koning hiertoe de bevoegdheid geeft.⁷⁶ De niet-naleving van het koninklijk besluit van 28 mei 2003 op zich maakt derhalve de beëindiging op basis van overmacht niet onrechtmatig. Volgens een tweede strekking zijn de bepalingen van de welzijnsreglementering en het arbeidsrecht wel aan elkaar gelieerd en wel in die zin dat de bepalingen van de welzijnsreglementering de overmacht dan wel niet uitsluiten maar ze wel beter omkaderen. Het koninklijk besluit van 28 mei 2003 vult artikel 32, 5° Arbeidsovereenkomstenwet als het ware aan door de vaststelling van de overmacht te regelen. De in de welzijnsreglementering vervatte procedures beogen zowel de realiteit van de definitieve arbeidsongeschiktheid ten aanzien van de bedongen arbeid als de al dan niet aanwezigheid van de mogelijkheid tot reclassering na te gaan en slechts na deze zoektocht kan de overmacht worden vastgesteld.⁷⁷ Vanuit deze visie dienen dus de in de welzijnsreglementering vervatte procedures ‘voorafgaandelijk’ te worden nageleefd en is het bij niet-volgen van deze procedures de werkgever niet toegelaten de beëindiging op basis van overmacht vast te stellen. Deze beëindiging wordt hiermede onrechtmatig zodat aan de werknemer een opzegvergoeding verschuldigd is.⁷⁸ Reeds in een eerdere bijdrage⁷⁹ wezen we erop dat enkel deze tweede visie overeenstemt met de essentiële doelstellingen van de arbeidsgeneeskunde. We brengen de lezer hierbij graag de oude libellering van artikel 104 ARAB in herinnering luidens hetwelk de arbeidsgeneeskundige dienst tot taak heeft “in principe niemand elk werk te ontzeggen, maar er veeleer naar te streven eenieder,

⁷⁶ Zie onder meer Arbh. Brussel 5 april 2011, AR 2010/AB/621, www.juridat.be, ook besproken door O. VANACHTER, “Definitieve arbeidsongeschiktheid wegens ziekte en discriminatie”, *Nieuwsbrief Arbeidsveiligheid* 2011, nr. 10, 1-2 en L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Cahiers Antwerpen, Brussel en Gent, Gent, Larcier, 2015, 75-76; Arbh. Luik 16 april 2013, *JLMB* 2013, 1236-1242, besproken door O. VANACHTER, “Beëindiging arbeidsovereenkomst wegens medische overmacht”, *Nieuwsbrief Arbeidsveiligheid* 2013, nr. 14, 1-2.

⁷⁷ Arbh. 25 oktober 2011, AR 2011/AN/14, www.juridat.be, besproken door O. VANACHTER, “Arbeidsovereenkomst beëindigd door overmacht wegens medische ongeschiktheid na het KB ‘gezondheidstoezicht’”, *Nieuwsbrief Arbeidsveiligheid* 2012, nr. 19, 1-3 en L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Cahiers Antwerpen, Brussel en Gent, Gent, Larcier, 2015, 77-78.

⁷⁸ Arbh. Luik 23 maart 2010, AR 2009/AN/8735, www.juridat.be; Arbh. Luik 16 december 2010, *JTT* 2011, 294. Arbh. Luik 25 oktober 2011, AR 2011/AN/14, www.juridat.be, besproken door O. VANACHTER, “Arbeidsovereenkomst beëindigd door overmacht wegens medische ongeschiktheid na het KB ‘gezondheidstoezicht’”, *Nieuwsbrief Arbeidsveiligheid* 2012, nr. 19, 1-3 en L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Cahiers Antwerpen, Brussel en Gent, Gent, Larcier, 2015, 77-78; Arbrb. Bergen 14 juni 2013, AR 11/3235/A, www.juridat.be; Arbrb. Brussel 6 mei 2015, AR 13/6128/A, www.juridat.be.

⁷⁹ J. ROELS en A. VAN REGENMORTEL, “De definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een standpunt dat ook de arbeidsgeneeskunde in zijn essentie bedreigt? Commentaar bij het arrest van het Hof van Cassatie van 2 oktober 2000”, *Soc.Kron.* 2002, 421-422.

ondanks zijn onvolwaardigheden, tewerk te stellen aan de arbeid die hij aankan”.⁸⁰ Via de arbeidsgeneeskunde tracht men precies het recht op gezondheid en het recht op arbeid op harmonieuze wijze met elkaar te verzoenen. Opmerkelijk is wel dat ter ondersteuning van deze tweede visie in geen enkel van deze uitspraken wordt teruggerepen naar artikel 1135 BW. Niettemin gaven in de rechtsleer zowel RAUWS⁸¹ als RIGAUX aan dat met toepassing van artikel 1135 BW de bedongen arbeid niet enkel bestaat in de arbeid die de partijen beoogden, maar ook uit de rechten en plichten die de dwingende arbeidsrechtelijke wettelijke bepalingen opleggen. De in de welzijnsreglementering vervatte verplichting om ander werk te verschaffen is derhalve krachtens artikel 1135 BW geïncorporeerd in de contractuele verbintenis van de werkgever de bedongen arbeid te verschaffen. Als gevolg hiervan zou, aldus RAUWS⁸², de arbeidsovereenkomst slechts op basis van overmacht als beëindigd kunnen worden beschouwd indien de werknemer ongeschikt is om de bedongen arbeid uit te voeren en de werkgever zijn verbintenis om ander werk te verschaffen⁸³ niet kon nakomen.⁸⁴ Reeds in een vroegere bijdrage hebben we bij deze conclusie bedenkingen geuit. Het feit immers dat de in de welzijnsreglementering vervatte verplichting ander werk te geven een geïncorporeerde verplichting is en dus op een volwaardige wijze tot de arbeidsovereenkomst gaat behoren, zegt immers niets over het tijdstip waarop deze verplichting moet worden uitgevoerd. Het contractuele karakter van deze verplichting impliceert onzes inziens niet automatisch dat deze verplichting “tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst” moet worden nageleefd.⁸⁵

⁸⁰ (Oud) art. 104, § 2, 5° ARAB. Deze doelstelling is thans in ietwat gewijzigde bewoordingen terug te vinden in art. 6, 2° KB 27 maart 1998 betreffende de interne dienst voor preventie en bescherming op het werk, BS 31 maart 1998.

⁸¹ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 778-779; M. RIGAUX, “Definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een financieel risico ten laste van de werkgever (naar aanleiding van Cassatie 13 februari 1989)”, *Soc.Kron.* 1990, 6-7.

⁸² W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 779.

⁸³ Over de aard van deze verbintenis bestaat geen volstrekte eensgezindheid. Terwijl RAUWS (*Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 779) deze verplichting als een inspanningsverbintenis ziet, wordt door de Arbeidsrechtbank van Bergen in zijn vonnis van 14 juni 2013 (AR 11/3235/A, www.juridat.be) de verplichting als een “obligation « de presque résultat »” bestempeld.

⁸⁴ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 778-779; M. RIGAUX, “Definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een financieel risico ten laste van de werkgever (naar aanleiding van Cassatie 13 februari 1989)”, *Soc.Kron.* 1990, 6-7.

⁸⁵ J. ROELS en A. VAN REGENMORTEL, “De definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een standpunt dat ook de arbeidsgeneeskunde in zijn essentie bedreigt? Commentaar bij het arrest van het Hof van Cassatie van 2 oktober 2000”, *Soc.Kron.* 2002, 421.

Evenzeer opmerkelijk is dat in vele uitspraken omtrent deze thematiek de antidiscriminatiewetgeving volledig onbesproken blijft.⁸⁶ Niettemin zal in volgende paragraaf duidelijk worden welke aanzienlijke invloed deze regelgeving op dit debat heeft gehad. Wel bewijst de veelvuldige rechtspraak hoe gretig de werkgevers naar de figuur van de overmacht blijven teruggrijpen om zich op de meest goedkope wijze van hun voor de bedongen arbeid definitief arbeidsongeschikte verklaarde werknemers te ontdoen. Dat anno 2015 de regelgeving dit nog steeds mogelijk maakt, is sociaal totaal onaanvaardbaar.

IV. HET DISCRIMINATIEBEGINSEL ALS KATALYSATOR VOOR EEN HEROPLEVING VAN DIT DEBAT

In 1990 kon Marc RIGAUX wellicht niet voorspellen hoe dit debat in de volgende jaren vanuit de antidiscriminatiewetgeving verder zou worden gevoed. Wel bedenkelijk is het feit dat de regelgever bij de redactie van artikel 34 Arbeidsovereenkomstenwet evenmin met een woord over deze regelgeving heeft gerept, hoewel toen reeds voldoende literatuur voorhanden was die de relevantie ervan voor deze problematiek onderstreepte. De rechtspraak van de laatste jaren⁸⁷ heeft dit belang alleen maar bevestigd. Dat een beëindiging op basis van overmacht onder het materiële toepassingsgebied valt van de Belgische Antidiscriminatiewet⁸⁸ valt moeilijk te betwisten. Voor wat betreft de arbeidsbetrekking is deze wet immers toepasselijk op “de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking, waaronder onder meer, *doch niet uitsluitend*, wordt begrepen: ontslagbeslissing, bepaling en de toepassing van de voorwaarden en de modaliteiten van het ontslag, de bepaling en de toepassing van de criteria bij de ontslagselectie, de toekenning en de bepaling van vergoedingen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie”.⁸⁹ Gelet op het ruime begrip “beëindiging van de arbeidsbetrekking” en de daaropvolgende opsomming van handelingen die expliciet als “niet-limitatief” wordt bestempeld, lijkt het geen twijfel dat de beëindiging op basis van overmacht onder het materiële toepassingsgebied valt.⁹⁰ Opmerkelijk is dat vooral het verbod van discriminatie op basis van een

⁸⁶ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Cahiers Antwerpen, Brussel en Gent, Gent, Larcier, 2015, 80.

⁸⁷ Voor een recent uitgebreid overzicht, leze men L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Cahiers Antwerpen, Brussel en Gent, Gent, Larcier, 2015, 142 p.

⁸⁸ Wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007, hierna: Antidiscriminatiewet.

⁸⁹ Art. 5, § 2, 3° Antidiscriminatiewet.

⁹⁰ J.F. NEVEN, “Dissolution du contrat de travail pour cause d’incapacité définitive: vers une obligation préalable de reclassement” in J.F. LECLERCQ et al. (eds.), *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, Brussel, Ed. du jeune barreau de Bruxelles, 2008, 193; A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen,

‘handicap’ en de Europese rechtspraak die zich in dit verband heeft ontwikkeld een duidelijke rem heeft gezet op het aanwenden van de beëindigende overmacht in situaties van definitieve arbeidsongeschiktheid. Cruciaal in dit verband was het arrest *Chacon-Navas*⁹¹, dat voor het eerst aan het begrip ‘handicap’ een ruime definitie gaf. Onder handicap wordt verstaan een “beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die deelneming aan het beroepsleven belemmert op voorwaarde dat die beperking van lange duur is”. Zeven jaar later heeft het Hof dit begrip nog verder verruimd in het arrest *Ring en Skouboe Werge*⁹², duidelijk onder invloed van het VN-verdrag van 13 december 2009 inzake de rechten van personen met een handicap⁹³ dat in 2009 door de Europese Unie werd geratificeerd. Volgens dit arrest heeft het begrip handicap mede betrekking op een “gezondheidstoestand die voortvloeit uit een door een arts gediagnosticeerde geneeslijke of ongeneeslijke ziekte, wanneer die ziekte leidt tot een beperking die onder meer het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is”. Gelet op deze ruime definitie, viel te verwachten dat ook situaties van definitieve arbeidsongeschiktheid voor de bedongen arbeid veelal als handicap zouden kunnen worden beschouwd. Zo werden onder meer “een blijvende invaliditeit van 25%⁹⁴”, “de definitieve lichamelijke ongeschiktheid van een poetsvrouw voor het verrichten van poetswerk boven de schoudergordel”⁹⁵ evenals een “blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van 12%”⁹⁶ als een handicap zowel in de zin van de Kaderrichtlijn 2000/78⁹⁷ als in de zin van de Belgische Antidiscriminatiewet bestempeld. Vanuit diezelfde ruime invulling werden eveneens als personen met een handicap beschouwd: personen met “diabetes mellitus type 1”⁹⁸, personen met een “autismespectrumstoornis”⁹⁹, personen met “multiple sclerose”¹⁰⁰ evenals een “herschikster die ingevolge een fysieke aantasting van de bovenste ledematen gedurende lange tijd in haar deelname aan het beroepsleven

Intersentia, 2010, 408; zie in dezelfde zin Arbh. Brussel 12 maart 2013, AR 2011/AB/631, www.juridat.be; Arbrb. Brussel 6 mei 2015, AR 13/6128/A, www.juridat.be.

⁹¹ HvJ 11 juli 2006, C-13/05, *Sonia Chacon Navas*.

⁹² HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-338/11, *Ring and Skouboe Werge*.

⁹³ Zie voor een recente analyse van het verdrag: D. CUYPERS en S. VAN DAMME, “Het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap. Bron van inspiratie voor het Unierecht en het Belgisch sociaal recht”, *TSR* 2014, 53-87.

⁹⁴ Arbh. Antwerpen 12 mei 2009, *Soc.Kron.* 2012, 8.

⁹⁵ Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2010, 408.

⁹⁶ Arbrb. Brussel 6 mei 2015, AR 13/6128/A, www.juridat.be.

⁹⁷ Richtlijn van de Raad 2000/78/EG, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303, 16.

⁹⁸ Arbh. Antwerpen 21 november 2011, *Soc.Kron.* 2012, 21, noot N. BETSCH en A. VAN REGENMORTEL.

⁹⁹ RvS 9 september 2014, nr. 228.312.

¹⁰⁰ Arbrb. Bergen en Charleroi 9 maart 2015, AR 14/436/A, www.juridat.be.

wordt beperkt”.¹⁰¹ Ten aanzien van een kinderverzorgster werd dan weer geoordeeld dat de beperking aan de linkerschouder geen voldoende beletsel vormt voor haar om daadwerkelijk en op voet van gelijkheid te participeren aan het beroepsleven, nu uitsluitend (zwaar) hef- en tilwerk tegenaangewezen is, en zelfs nog niet definitief is komen vast te staan dat dit ook haar functie als kinderverzorgster onmogelijk zou blijven maken.¹⁰² In een meer recent arrest wordt door het Hof van Justitie¹⁰³ ook niet uitgesloten dat ‘zwaarlijvigheid’ een handicap kan vormen. Zwaarlijvigheid vormt dan wel als zodanig geen handicap maar kan wel als een handicap worden beschouwd indien het de werknemer gedurende een lange periode belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Dit als gevolg van een verminderde mobiliteit of van het feit dat zich bij deze personen ziekteverschijnselen voordoen die hem beletten zijn werk te verrichten of hem belemmeren bij de uitoefening van zijn beroepsactiviteit. Is dit het geval, dan is het ontslag wegens zwaarlijvigheid een verboden discriminatie op grond van een handicap. Het komt evenwel aan de nationale rechter toe om te oordelen of aan voormelde voorwaarden is voldaan en al dan niet van een verboden discriminatie sprake is.

Zodra situaties van definitieve arbeidsongeschiktheid als ‘handicap’ kunnen worden gekwalificeerd, treedt de ‘redelijke aanpassingsplicht’ in werking. Dit is belangrijk, vermits het ontbreken van een redelijke aanpassingsplicht voor een persoon met een handicap als discriminatie wordt bestempeld.¹⁰⁴ Deze redelijke aanpassingsplicht houdt in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen de toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, mag zij niet als onevenredig worden beschouwd.¹⁰⁵ Krachtens artikel 8 Antidiscriminatiewet kan een direct onderscheid op grond van een handicap uitsluitend gerechtvaardigd worden op basis van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. De bestaande rechtspraak laat vooralsnog geen duidelijke criteria zien op basis waarvan dient te worden beoordeeld of de werkgever al dan niet aan zijn redelijke aanpassingsplicht heeft voldaan. In een arrest van 12 mei 2009 oordeelt het arbeidshof te Antwerpen¹⁰⁶ ten aanzien van een vrouw die omwille van de arthrodese aan haar rechterenkel geen staand werk meer mocht verrichten dat geen redelijke aanpassing mogelijk was. Vastgesteld werd dat de werkorganisatie

¹⁰¹ Arbh. Brussel 9 januari 2013, *Soc.Kron.* 2014, 335.

¹⁰² Arbrb. Leuven 23 april 2015, AR 14/927/A, www.juridat.be.

¹⁰³ HvJ 18 december 2014, C-354/13, *Kaltoft*.

¹⁰⁴ Art. 14 Antidiscriminatiewet.

¹⁰⁵ Art. 5 Richtlijn 2000/78 en art. 4, 12° Antidiscriminatiewet.

¹⁰⁶ Arbh. Antwerpen 12 mei 2009, *Soc.Kron.* 2012, 8.

in een industriële wasserij veelal rechtstaande activiteiten vereist en een totale reorganisatie van de industriële wasserij in functie van de individuele situatie van de werkneemster en de hieruit voortvloeiende negatieve gevolgen voor de andere personeelsleden niet redelijk verantwoord wordt geacht. In een commentaar verwijten BETSCH en VAN REGENMORTEL¹⁰⁷ het arbeidshof te Antwerpen een al te restrictieve invulling van deze aanpassingsplicht voor te staan waarbij de focus vooral wordt gelegd op hetgeen betrokkene “niet meer kan”, terwijl een activerend en non-discriminerend beleid veeleer moet inzoomen op datgene wat de werkneemster precies “nog wel kan”. Een ruimere invulling van de aanpassingsplicht is dan weer terug te vinden in een later arrest van 23 april 2010.¹⁰⁸ Hierbij werd geoordeeld dat het niet ernstig kan worden betwist dat het kunnen uitvoeren van poetswerk boven de schoudergordel voor een poetsvrouw in een instelling van de omvang van de vzw, met tal van vestigingsplaatsen, een grote waaier aan poetswerk en een uitgebreid team van poetsvrouwen, geen wezenlijk en bepalende beroepsvereiste is. Evenzeer werd het voor de vzw perfect mogelijk geacht om de poetsvrouw, ondanks haar fysieke beperking, als poetsvrouw aan het werk te houden, mits een kleine wijziging in de taakverdeling tussen de verschillende poetsvrouwen en/of het ter beschikking stellen van een trapje of een ladder. Toelaten dat in dergelijke omstandigheden, wegens de handicap, door de werkgever een einde kan worden gemaakt aan de arbeidsovereenkomst zonder opzegtermijn, noch betaling van een opzegvergoeding zou indruisen tegen de bescherming die zowel de Europese regelgever als de Belgische wetgever hebben beoogd.

Over de gevolgen van de niet-naleving van de redelijke aanpassingsplicht blijkt geen eensgezindheid te bestaan. Volgens bepaalde auteurs¹⁰⁹ zal bij niet-naleving van de redelijke aanpassingsplicht een beëindiging op basis van overmacht enkel niet-discriminatoire zijn indien de werkgever het bewijs levert van de onmogelijkheid redelijke aanpassingen door te voeren. Faalt hij in dit bewijs, dan kan de werknemer aanspraak maken op een opzegvergoeding en de vergoeding voorzien in artikel 18 Antidiscriminatiewet. Anderen¹¹⁰ menen evenwel dat bij schending van de aanpassingsplicht wel een schadevergoeding op basis van de Antidiscriminatiewet kan worden gevorderd zonder dat de beëindiging evenwel zelf als onregelmatig moet worden beschouwd. Ook de rechtspraak geeft hieromtrent geen eenduidig beeld. Zo besliste het arbeidshof te Antwerpen in zijn

¹⁰⁷ N. BETSCH en A. VAN REGENMORTEL, “Definitieve arbeidsongeschiktheid bekeken vanuit het antidiscriminatierecht. Wordt het recht op redelijke aanpassingen voor werknemer met een ‘beperking’ niet al te zeer ‘beperkt’?”, *Soc.Kron.* 2012, 4-5.

¹⁰⁸ Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2010, 408.

¹⁰⁹ J.F. NEVEN, “Dissolution du contrat de travail pour cause d’incapacité définitive: vers une obligation préalable de reclassement” in J. F. LECLERCQ *et al.* (eds.), *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, Brussel, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2008, 194-198.

¹¹⁰ G. JACQUEMART en M. STRONGYLOS, “Kan arbeidsongeschiktheid een geval van overmacht vormen?”, *Pacioli* 2012, nr. 351, 4.

arrest van 23 april 2010¹¹¹ in duidelijke bewoordingen dat bij niet-naleving van de redelijke aanpassingsplicht een consequente en richtlijnconforme benadering noodzakelijk leidt tot de vaststelling dat de handicap niet kan worden beschouwd als een vorm van definitieve overmacht waardoor de arbeidsovereenkomst eindigt zodat een opzegvergoeding verschuldigd is. Door andere rechtspraak¹¹² wordt voor de niet-naleving van de redelijke aanpassingsplicht dan weer enkel de beschermingsvergoeding toegekend.

Voormelde analyse toont in ieder geval wel aan dat de antidiscriminatiwetgeving een duidelijke rem zet op werkgevers die al te snel de definitieve arbeidsongeschiktheid als een vorm van beëindigende overmacht aanwenden. Meer en meer wordt de opvatting gedeeld dat het niet voldoen aan de redelijke aanpassingsplicht de werkgever het recht ontnemt zich op de beëindigende overmacht te beroepen.¹¹³ Maar *quid* indien de werkgever bewijst dat het onmogelijk is om redelijke aanpassingen door te voeren, is dan een beëindiging op basis van overmacht wel toelaatbaar? Deze vraag blijft in de rechtspraak voorlopig onbeantwoord.¹¹⁴ Reeds in eerdere bijdragen¹¹⁵ opperden wij dat het feit dat de beëindiging op zich niet als discriminatoir kan worden beschouwd, niet automatisch betekent dat ook het niet-toekennen van een termijn of een vergoeding evenzeer gerechtvaardigd zou zijn. Het arrest *Ring en Skouboe Werge*¹¹⁶ bevestigt ons in deze overtuiging dat hierbij ernstige vraagtekens kunnen worden geplaatst. In dit arrest werd immers beslist dat “Richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale bepaling op grond waarvan een werkgever, wanneer een werknemer met een handicap in de laatste twaalf maanden gedurende 120 dagen met ziekteverlof is geweest met behoud van loon, de arbeidsovereenkomst met een verkorte opzegtermijn kan beëindigen indien die afwezigheid het gevolg is van de handicap van de betrokken werknemer, tenzij deze bepaling een legitieme doelstelling nastreeft en daarbij niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken, waarbij het aan de verwijzende rechter staat dit te beoordelen”. In punt 90 licht het Hof van Justitie toe dat het aan

¹¹¹ Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2010, 408. Naast de opzegvergoeding werd ook een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik en misbruik van ontslagrecht gevorderd, maar die werd afgewezen nu geen bewijs werd geleverd van een andere schade dan diegene die voortvloeit uit het verlies van de dienstbetrekking.

¹¹² Arbh. Brussel 9 januari 2013, *Soc.Kron.* 2014, 335; Arbrb. Brussel 6 mei 2015, www.diversiteit.be (samenvatting); Arbrb. Bergen en Charleroi 9 maart 2015, AR 14/436/A, www.juridat.be; Arbrb. Brussel 6 mei 2015, AR 13/6128/A, www.juridat.be.

¹¹³ Zie in die zin W. RAUWS, “Het bewijs in arbeidszaken”, *TSR* 2013, 261.

¹¹⁴ L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Cahiers Antwerpen, Brussel en Gent, Gent, Larcier, 2015, 80.

¹¹⁵ A. VAN REGENMORTEL en V. DE SAEDELEER, “De gezondheidsbeoordeling in de arbeidsverhoudingen en haar (gespannen?) relatie tot het recht op arbeid en het non-discriminatiebeginsel” in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 7, Antwerpen, Intersentia, 2005, 158-161; A. VAN REGENMORTEL, “Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid” in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 409.

¹¹⁶ HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-338/11, *Ring and Skouboe Werge*.

de verwijzende rechter toekomt om na te gaan of de Deense wetgever, door het nastreven van de legitieme doelstellingen om enerzijds de aanwerving van mensen met een ziekte te bevorderen en anderzijds voor afwezigheid wegens ziekte een redelijk evenwicht te bereiken tussen de tegengestelde belangen van de werknemer en de werkgever, heeft verzuimd rekening te houden met relevante factoren die inzonderheid werknemers met een handicap betreffen. In punt 91 wijst het Hof van Justitie erop dat hierbij het risico voor personen met een handicap, die in het algemeen meer moeite hebben dan werknemers zonder handicap om een nieuwe werkkring te vinden en die wegens de bescherming die hun situatie vereist bijzondere behoeften hebben, niet mag worden miskend. In het licht van deze overwegingen valt zeer te betwijfelen hoe men kan rechtvaardigen dat personen met een handicap aan de deur kunnen worden gezet zonder enige termijn noch vergoeding. Wordt de opzegtermijn immers niet bepaald in functie van de kans om spoedig een passende en gelijkwaardige betrekking te vinden? En hoe kan dan gerechtvaardigd worden dat precies aan personen met een handicap dit recht wordt ontnomen, gelet op het feit dat precies zij veel meer moeite ondervinden om een nieuwe betrekking te vinden? Deze saga zal dus zeker verder worden vervolgd ... Of mogen wij op een wetgevend ingrijpen hopen waardoor eens en voorgoed aan deze discussie een einde wordt gesteld?

UITLEIDENDE BESCHOUWINGEN

Door de definitieve arbeidsongeschiktheid te blijven beschouwen als een vorm van overmacht draagt de zwakste partij, namelijk de definitief ongeschikte werknemer, grotendeels zelf het risico voor inkomensverlies. De werkgever van zijn kant ziet zijn financiële verplichtingen substantieel verlicht doordat hij mogelijk geen gewaarborgd loon en evenmin een opzegvergoeding hoeft te betalen. In zijn opmerkelijke analyse in de *Sociaalrechtelijke Kronieken* van 1990 toonde Marc RIGAUX weinig begrip voor het Hof van Cassatie dat met zijn *Collman*-rechtspraak een dergelijke verschuiving van het financiële risico heeft ondersteund. Wij delen dit ongenoegen en zijn samen met Marc RIGAUX van oordeel dat de definitief arbeidsongeschikte werknemer aanspraak zou moeten kunnen maken op een opzegvergoeding. Dit betekent echter geenszins dat we hiermee een oproep lanceren om *per definitie* de arbeidsovereenkomst te beëindigen (met betaling van een opzegvergoeding) wanneer een werknemer definitief arbeidsongeschikt wordt verklaard. Integendeel, voor ons staat het buiten kijf dat prioritair en vooreerst (ruime)¹¹⁷ reclasseringsverplichtingen moeten gelden. Arbeid biedt immers nog steeds de beste waarborg voor bestaanszekerheid. Tegelijkertijd is het een middel

¹¹⁷ A. VAN REGENMORTEL, "Specifieke beëindigingsmodaliteiten: definitieve arbeidsongeschiktheid" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 416-417.

tot zelfrealisatie en daardoor ook een belangrijke factor in het bereiken van “menselijk geluk”.¹¹⁸ Pas wanneer de reclasseringsverplichtingen uitgeput zijn, kan een opzegvergoeding ter sprake komen.

Het moet precies Marc RIGAUX, die in België als eerste en met brio de grondrechtelijke onderbouw van het arbeidsrecht heeft bepleit, enorm plezieren dat precies vanuit het non-discriminatiebeginsel de door hem verguisde cassatierechtspraak onder druk komt te staan. De arbeidsovereenkomst beëindigen vooraleer een zoektocht naar aangepast werk wordt verricht, is voortaan onmogelijk in alle situaties waarin de definitieve arbeidsongeschiktheid voor de bedongen arbeid als handicap kan worden aangemerkt. De kwalificatie ‘handicap’ wordt hierbij erg gefaciliteerd door de ruime interpretatie van handicap die het Hof van Justitie lijkt voor te staan. Maar ons betoog geeft ook aan dat zelfs indien de werkgever geen inbreuk op de redelijke aanpassingsplicht kan worden verweten, het dan nog erg betwistbaar is de werkgever toe te laten de overeenkomst van de definitief verklaarde arbeidsongeschikte werknemer op basis van overmacht te beëindigen.

In ieder geval moge duidelijk zijn dat de wetgever niet langer voor deze ontwikkelingen de ogen kan sluiten. Het wordt hoog tijd dat België loskomt van de traditionele cassatierechtspraak en resoluut kiest voor een benadering die niet alleen juridisch correct, maar vooral ook een sociale staat waardig is. Zeker in een periode van toenemende afbraak van sociale verworvenheden zou dit een welgekomen opsteker zijn voor al wie het sociaal recht als beschermend recht erg genegen is.

¹¹⁸ J. VAN LANGENDONCK, “De tongen van Aesopus Actieve tewerkstellingspolitiek: het beste en het slechtste dat er bestaat” in R. JANVIER, Y. JORENS en A. VAN REGENMORTEL (eds.), *Sociaal werk(t)*. Ereboek Josse Van Steenberge, Brugge, die Keure, 2010, 87.

DE AMPLITUDE VAN DE WILSAUTONOMIE

Ilse VAN PUYVELDE
Advocaat
Navorser Universiteit Antwerpen

INLEIDING

1. Het zou mij verbazen mocht niet iedere lezer van deze bundel de publicatie *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht* kennen. Dit boek verscheen in 2004 en vormt de neerslag van de acht lessen die Marc RIGAUX verzorgde tijdens de cyclus *Tussen burgerschap en sociale concurrentie* aan de Vrije Universiteit Brussel.¹ Verschillende van de door hem geformuleerde thesen waren een inspiratiebron voor mijn proefschrift.

2. Minder bekend is wellicht *Standpunten over arbeidsrecht*, een bundeling van tien columns die Marc RIGAUX begin jaren 90 schreef voor het *Tijdschrift voor Rechtsdocumentatie* (TRD).

Eén van deze columns kreeg de titel “Vrijheid en gelijkheid der partijen bij de individuele arbeidsrelatie: naar een restauratie van de wilsautonomie?” Hij bespreekt daarin de gevolgen van de tendens tot flexibilisering en deregulering van de arbeidsrelatie. Collectieve en paritaire bepalingen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden worden teruggeschroefd ten voordele van een arbeidsorganisatierecht dat de werkgever meer vrij spel geeft om in functie van een verdediging van het concurrentievermogen van zijn onderneming, loon- en arbeidsvoorwaarden te herdefiniëren. Indirect herwint de individuele arbeidsvoorwaardenbepaling ... en dus ook de wilsautonomie van de partijen zo aan belang.²

3. Hoe groter het belang van de wilsautonomie wordt, hoe meer aandacht zij verdient en vereist. Dit betekent onder meer dat de civielrechtelijke regels met betrekking tot de interpretatie van overeenkomsten ten volle en correct moeten

¹ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid en zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 264 p.

² M. RIGAUX, *Standpunten over arbeidsrecht*, Universiteit Antwerpen, s.l.n.d., 37 p.

worden toegepast. Daarnaast moeten de arbeidsgerechten alle actiemiddelen waarover werknemers beschikken om de (correcte) naleving van de overeengekomen voorwaarden af te dwingen, ernstig beoordelen, rekening houdend met het belang van de job voor de werknemer. Ik denk hierbij in het bijzonder aan het kort geding en aan de mogelijkheden die artikel 19 Ger.W. de rechter biedt.³

Deze bijdrage behandelt echter in hoofdzaak bepaalde “arbeidsrechtelijke correcties” op de contractvrijheid. Ze bevat een beknopte analyse van de huidige stand van zaken. Tot slot volgen enkele kritische bedenkingen. Want inderdaad rijst de vraag of deze ‘correcties’ wel altijd een goede zaak zijn voor de werknemer.

I. WILSAUTONOMIE EN DE INHOUD VAN DE INDIVIDUELE ARBEIDSOVEREENKOMST

4. Het is gekend dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst niet alleen wordt bepaald door de wilsautonomie van de partijen. De door Marc RIGAUX beschreven ‘terugschroefing’ van collectieve en paritaire bepalingen staat er niet aan in de weg dat het vooral rechtsbronnen van extra-contractuele oorsprong zijn, die de individuele arbeidsarbeidsovereenkomst beheersen. Zij wordt daarom weleens bestempeld als een gestuurd contract of een gestandaardiseerde overeenkomst.⁴ Volgens RIGAUX rijmt arbeidsovereenkomst met toetredingsovereenkomst. De vrijheid waarover de arbeidskracht beschikt, is deze om al dan niet toe te treden.⁵

Door het mechanisme van de incorporatie worden rechten en plichten die hun oorsprong vinden buiten het contract, opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Dit mechanisme steunt in hoofdzaak op artikel 1135 BW. Dit bepaalt dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot wat daarbij uitdrukkelijk is bepaald maar ook tot al datgene wat, naar de aard van de overeenkomst, door de wet, het gebruik of de billijkheid wordt toegekend. De bedongen arbeid bestaat bijgevolg niet enkel uit de arbeid die de partijen beoogden, maar ook uit de rechten en plichten die onder andere dwingende wetsbepalingen inzake de arbeid opleggen.⁶ “Zoals overeengekomen” in de artikelen 17, 1° en 20, 1° van de Arbeidsovereenkomstenwet overstijgt bijgevolg wat tussen partijen is afgesproken.

³ Zie hierover I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten Universiteit Antwerpen, 2015, 488 e.v.

⁴ Zie P. DURAND, “La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel”, *Rev.Trim. Dr.Civ.* 1944, 73-97; R. MOREL, “Le contrat imposé” in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, II, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, 116-126; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Luik, Faculté de Droit, d’Economie et de Sciences Sociales de l’Université de Liège, 1982, 162-64; M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 18-19.

⁵ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 74.

⁶ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 778.

5. Uiteraard moet hierbij rekening worden gehouden met de hiërarchie van de bronnen opgenomen in artikel 51 van de CAO-wet. Zo kan een gebruik nooit ingrijpen in een arbeidsovereenkomst omdat het als laagste rechtsbron is gerangschikt. Hetzelfde geldt, althans voor de schriftelijke arbeidsovereenkomst, voor aanvullende wetsbepalingen, niet algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten⁷ en het arbeidsreglement.

Maar wat is het gevolg van een vooropgestelde incorporerende werking van artikel 1135 BW als de arbeidsovereenkomst niets bepaalt? Betekent dit bijvoorbeeld dat de verplichtingen die voortvloeien uit een gebruik door hun klim op de hiërarchische ladder (het worden contractuele verplichtingen?) enkel kunnen worden gewijzigd op dezelfde wijze als de individuele arbeidsovereenkomst, met andere woorden in beginsel in onderling overleg? Dit zou betekenen dat het gebruik, ondanks het feit dat de werkgever het herroept, overleeft in de arbeidsovereenkomst. Het antwoord is negatief. Een bevestigend antwoord zou immers de oorzaak van de geïncorporeerde verplichtingen volkomen negeren. Het gebruik behoudt als externe rechtsbron zijn eigen aard. Die houdt onder meer in dat degene die het in het leven heeft geroepen, het ook eenzijdig kan beëindigen.⁸

6. Het mechanisme van de incorporatie noopt de contractpartijen, inzonderheid de economisch sterkere partij, tot de acceptatie van de door de wetgever dwingend uitgewerkte arbeidsvoorwaarden. Ook al kan de niet-nakoming ervan gesanctioneerd worden volgens de regels van de contractuele aansprakelijkheid, blijven het arbeidsvoorwaarden uit een externe bron en niet uit een conventioneel beding. Om de toepassing van een recht te eisen dat een werknemer rechtstreeks uit de wet put, is hij niet verplicht eerst de nietigheid te vorderen van de met dit recht strijdige bedingen in de overeenkomst. In een arrest van 25 april 2003⁹ aanvaardde het Hof van Cassatie dat als een partij rechtstreeks een recht kan putten uit een dwingende wetsbepaling die haar dit recht verleent, zij de toepassing van dit recht kan eisen, ondanks de aanwezigheid in het contract van een met dit recht strijdig beding.¹⁰ Het is wel vereist dat de beschermde partij kan steunen op een wettelijke bepaling van dwingende aard, dit is een hogere norm die voorrang

⁷ Zie art. 26 eerste lid CAO-wet.

⁸ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten Universiteit Antwerpen, 2015, 434-436.

⁹ Cass. 25 april 2003, *TBBR* 2005, 42, noot P. WÉRY. Zie reeds voordien: W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 777; W. VAN EECKHOUTTE, "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 44.

¹⁰ Zie S. STIJNS, "La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation" in JEUNE BARREAU DE BRUXELLES (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Larcier, 2008, nrs. 76-77.

heeft op de contractuele norm, en dat de wetsbepaling haar rechtstreeks en op bevestigende of positieve wijze een recht toekent.¹¹

7. Wat de arbeidsovereenkomst betreft, gebeurt de incorporatie niet enkel via artikel 1135 BW, maar ook door de werking van de artikelen 11 en 23 van de CAO-wet. Volgens artikel 11 zijn bedingen in een individuele arbeidsovereenkomst en bepalingen van een arbeidsreglement, die strijdig zijn met bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst die voor de betrokken werkgevers en werknemers bindend is¹², nietig.¹³ Artikel 23 bepaalt dat de individuele arbeidsovereenkomst die door een collectieve arbeidsovereenkomst stilzwijgend werd gewijzigd, onveranderd blijft wanneer de collectieve arbeidsovereenkomst ophoudt uitwerking te hebben, tenzij het anders wordt bedongen in de overeenkomst zelf.¹⁴ De wijziging waarvan sprake in artikel 23 kan zowel bestaan in een aanvulling van de individuele arbeidsovereenkomst als in de vervanging van één of meerdere erin opgenomen bedingen.

Hoewel strijdige bedingen van een individuele arbeidsovereenkomst en het arbeidsreglement op grond van artikel 11 van de CAO-wet nietig zijn, vindt er in de plaats van nietigverklaring een meer verfijnd mechanisme plaats. De bedingen die strijdig zijn met CAO-bepalingen worden automatisch en zonder enige wilsuiting van de partijen omgezet in, of vervangen door bedingen die stroken met de CAO-bepalingen. Deze stilzwijgende verandering wordt wettelijke conversie genoemd.^{15, 16}

Door de (na)werking van artikel 23 van de CAO-wet maken individueel normatieve CAO-bepalingen en de collectief normatieve bepalingen die eveneens een individueel-normatieve gelding hebben, zogoed als blijvend deel uit van de individuele arbeidsovereenkomst.¹⁷ Het verstrijken van de duurtijd van de collectieve arbeidsovereenkomst, de opzegging door de werkgever van de collectieve

¹¹ S. STIJNS, "De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval" in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 53-54.

¹² De binding wordt geregeld door art. 19 CAO-wet.

¹³ De nietigheid bepaald in art. 11 CAO-wet geldt enkel t.o.v. bedingen in een individuele arbeidsovereenkomst en bepalingen van een arbeidsreglement en niet voor bepalingen van een dading (Cass. 22 april 1985, *Soc.Kron.* 1985, 203).

¹⁴ Een collectieve arbeidsovereenkomst kan zo toch enige werkgeversflexibiliteit bieden. Uit een collectieve arbeidsovereenkomst, waarin de doorwerking van art. 23 CAO-wet werd uitgesloten, kunnen na afloop ervan geen rechten meer worden geput (zie hierover K. MAGERMAN, *Loonvoorwaarden wijzigen*, Brugge, die Keure, 2010, 137; J. VANTHOURNOUT, "Actuele problemen bij loonoptimalisatie: 'voor elck wat wils'" in P. HUMBLET en I. VAN DE WOESTEYNE (eds.), *Sociaal en fiscaal recht: 'elck wat wils'*, Mechelen, Kluwer, 2013, 319).

¹⁵ W. RAUWS, "De binding van de normatieve bepalingen" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 3, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 39-40; J. PETIT, "De C.A.O.-Wet: overzicht van rechtspraak en rechtsleer (1968-2002)", *TSR* 2002, 171.

¹⁶ De conversie geldt uiteraard alleen voor CAO's die voldoen aan alle voorwaarden van de CAO-wet (Arbh. Luik 22 mei 1985, *Int. Soc. Secr.* 1985, afl. 26).

¹⁷ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, II, 1986, p. 11, nr. 8.

arbeidsovereenkomst, het einde van het lidmaatschap van een gebonden organisatie, of het verzaken van een verlengingsbeding bij een collectieve arbeidsovereenkomst van een bepaalde duur met een dergelijk beding, hebben weinig of geen invloed op de toestand van de geïncorporeerde bepalingen.^{18, 19} “Ophouden uitwerking te hebben” in de zin van artikel 23 is dus ruimer dan ‘eindigen’. Zo maken bij een overgang van onderneming die gepaard gaat met een wijziging van paritair comité, de geïncorporeerde CAO-bepalingen deel uit van de individuele arbeidsovereenkomsten van de overgedragen werknemers. Zij moeten ook als dusdanig door de overnemer worden gerespecteerd, ook al ressorteert zijn onderneming onder een ander paritair comité. Doordat de geïncorporeerde bepalingen de waarde hebben van bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomst, kunnen de contractpartijen daarover onderhandelen, al moet hierbij uiteraard ook met de artikelen 11 en 23 van de CAO-wet rekening worden gehouden.²⁰ Dit kan er andermaal toe leiden dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk stilzwijgend wordt gewijzigd.

8. Hoewel de individuele contractvrijheid door de inperking van de wilsautonomie een residuaire functie verkreeg, blijft ze, zelfs residuaire, nog steeds een belangrijk instrument voor de werkgever om zijn greep op de arbeidsverhouding te behouden.²¹

De ruimte waarin de wilsautonomie speelt, wordt op initiatief van de werkgever regelmatig aangewend om de nodige flexibiliteit in te bouwen. Specifiek wat de bedongen arbeid betreft, houdt dit bijvoorbeeld in dat de te verrichten arbeidsprestaties vaag worden gehouden (bv. ‘bediende’) of ruim worden omschreven (bv. ‘alle secretariaatswerk’), dat bepaalde bestanddelen, zoals de functie of de arbeidsplaats als niet-essentieel worden aangemerkt, dat een contractueel wijzigingsrecht in de arbeidsovereenkomst wordt opgenomen enzovoort.

Dit heeft tot gevolg dat om recht te doen aan de finaliteit van het arbeidsrecht, ook de nodige aandacht moet uitgaan naar de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en de manier waarop de contractuele rechten worden uitgeoefend.

¹⁸ *Parl.St.* Senaat 1966-67, nr. 148/31; A. MAZY, “Commentaar op de Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomst en de paritaire comités”, *Arbbl.* 1969, 93; W. RAUWS, “De binding van de normatieve bepalingen” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 3, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 43-46.

¹⁹ ‘Weinig invloed’ geldt bijv. voor het einde van het lidmaatschap. De werkgever blijft dan door de CAO gebonden totdat er een wijziging wordt aangebracht die een aanmerkelijke verandering in de daaruit voortvloeiende verplichtingen tot gevolg heeft (art. 21 CAO-wet; zie hierover W. RAUWS, “De binding van de normatieve bepalingen” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 3, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 44-45).

²⁰ C. ENGELS en N. THOELEN, “Overgang van onderneming volgens C.A.O. nr. 32bis met wijziging van paritair comité. Lessen uit het arrest Alemo-Herron”, *JTT* 2014, 101.

²¹ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 74.

II. BELANG VAN DE GESCHREVEN ARBEIDSOVEREENKOMST

9. Om na te gaan wat de bedongen arbeid is, lijkt de geschreven arbeidsovereenkomst het meest voor de hand liggende uitgangspunt. Toch mag men daar niet te snel in zijn; het is immers niet omdat bepaalde voorwaarden niet in de geschreven arbeidsovereenkomst zijn opgenomen dat ze niet mondeling of stilzwijgend overeengekomen kunnen zijn.²² Of een voorwaarde overeengekomen is, mag alleszins niet statisch worden benaderd. De oorspronkelijke, schriftelijke overeenkomst is grotendeels een momentopname. Dit heeft tot gevolg dat haar belang als bewijsmiddel sterk kan verminderen naarmate de arbeidsverhouding voortduurt. Het is verre van uitzonderlijk dat doorheen de tijd zowel de functie, het loon als de arbeidsplaats en zelfs het statuut van de werknemer veranderen.²³

10. Dat kan dus ook betekenen dat een vaag bestanddeel concreet wordt, zonder dat dit op enig moment leidt tot een aangepaste of nieuwe schriftelijke overeenkomst. Bij een (zeer) vage clausule, zoals 'bediende', is de eerste vraag trouwens wat partijen precies overeengekomen zijn. In het verleden werd al eens geopperd dat er bedienden-voor-alle-werk bestaan.²⁴ Voor zover die er nu nog zijn, moet men in ieder geval nagaan of partijen daadwerkelijk de bedoeling hebben gehad een manusje-van-alles, of zo u wil een jongste bediende als Guust Flater of ELSSCHOTS Karelte De Keizer bij de Compagnie Belge Transatlantique²⁵, in dienst te nemen. Aangezien de interpretatie van de schriftelijke arbeidsovereenkomst door de rechter pas na enige tijd volgt, kan er teruggekeken worden. Als er dan geen voldoende indicaties zijn dat de werknemer in dienst is genomen voor alle bediendetaken, primeert mijns inziens wat mondeling of zelfs stilzwijgend is overeengekomen. Dit volgt uit artikel 1156 BW, dat bepaalt dat de rechter moet nagaan wat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen is geweest, veeleer dan zich te houden aan de letterlijke zin van de woorden. Naast de bewoordingen van de overeenkomst zelf mag de rechter een beroep doen op extrinsieke omstandigheden om de werkelijke draagwijdte te bepalen die de partijen aan de overeenkomst hebben willen geven.²⁶ Het gaat bijvoorbeeld om de context van

²² K. MAGERMAN, *Loonvoorwaarden wijzigen*, Brugge, die Keure, 2010, 178.

²³ Gedacht kan worden aan de handelsvertegenwoordiger wiens taak in een later stadium van de arbeidsovereenkomst wordt beperkt tot het bezoeken van bestaande grote klanten. Deze laatste functie wordt ook wel aangeduid als 'key account manager' (zie D. RYCKX, "Het juridisch statuut van de handelsvertegenwoordiger", *Or.* 2004, 116-117).

²⁴ W. VAN EECKHOUTTE, "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 28.

²⁵ W. ELSSCHOT, *Een ontgoocheling*.

²⁶ W. DE BONDT, "Uitlegging van eenzijdige contractuele documenten", *TBBR* 2001, 133; A. VAN OEVELEN, "De interpretatie te goeder trouw van overeenkomsten en de toepassing ervan op de omzetting van een hypothecaire volmacht" (noot onder Cass. 23 maart 2006), *RW* 2006-07, 875.

de overeenkomst, de begeleidende omstandigheden, de wijze waarop de overeenkomst werd uitgevoerd, enzovoort.²⁷

11. Het bestaan en de inhoud van een mondelinge of stilzwijgende overeenkomst kunnen worden bewezen door alle middelen van recht. Inzonderheid kan het bewijs daarvan worden afgeleid uit de wijze waarop de arbeidsovereenkomst werd uitgevoerd.²⁸ Er is immers geen sprake van een bewijs tegen een geschreven arbeidsovereenkomst in. Bij een wijziging van de arbeidsovereenkomst houden de gewijzigde bepalingen immers op te bestaan. Hierdoor kunnen de nieuwe bepalingen niet meer conflicteren met de oude.²⁹ De rechter zal dus telkens aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moeten uitmaken of er sprake is van een overeengekomen voorwaarde dan wel louter van de uitvoering van een initieel overeengekomen vage of ruime clausule.

12. In dat laatste geval wijzigt de werkgever niets als hij de werknemer een andere arbeidstaak binnen de vage omschrijving opdraagt. Hij wendt dan slechts zijn gezag aan. Bij de invulling van de vage clausule moet de werkgever wel te goeder trouw handelen, wat impliceert dat hij rekening moet houden met het belang dat de werknemer op dat ogenblik hecht aan de bewuste voorwaarde.³⁰ Bovendien mag het recht zich op een vage clausule te beroepen niet worden misbruikt. Indien bijvoorbeeld bij de werknemer het rechtmatige vertrouwen is gewekt dat hij de specifieke functie kan blijven uitoefenen, kan de werkgever daar niet zomaar op terugkomen.³¹

III. CONTRACTUELE VARIABILITEIT

13. Volgens artikel 1134, eerste lid BW strekken alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die deze hebben aangegaan tot wet. Dit is het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst, dat in de literatuur ook vaak wordt aangeduid met het adagium *pacta sunt servanda*.³² De rechtvaardiging voor

²⁷ R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *TPR* 1994, 447; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 56; B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", *DAOR* 2001, 40.

²⁸ Zie art. 1341 BW; H. BUYSENS, "Bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1993, 222.

²⁹ Vgl. W. VAN ECKHOUTTE, "De hiërarchie van de arbeidsrechtelijke normen" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 2*, Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 302.

³⁰ F. HENDRICKX, "De inhoud van de arbeidsovereenkomst", *TSR* 1998 (bijzonder nummer), 97.

³¹ Zie over dit criterium: A. DE BOECK en F. VERMANDER, "Rechtsmisbruik in het contractenrecht. De rechtsuitoefening aan banden gelegd" in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 41-42.

³² Zie bv. M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 15; M. VAN PUTTEN, *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 793; L. PELTZER, "L'exécution en nature de la convention, les mesures avant dire droit et les pou-

de contractuele gebondenheid is te vinden in de maatschappelijke behoefte aan rechtszekerheid en in het morele principe van de gebondenheid aan het gegeven woord.³³

Dit civielrechtelijk beginsel heeft het Hof van Cassatie onverkort doorgetrokken naar de arbeidsovereenkomst.³⁴ Op 20 december 1993 besliste het Hof van Cassatie, in navolging van een deel van de rechtsleer³⁵, dat artikel 1134 BW inhoudt dat de werkgever niet eenzijdig de overeengekomen voorwaarden kan wijzigen of herroepen, tenzij anders is bedongen. De gezagsverhouding die de arbeidsovereenkomst kenmerkt en de tijd waarover de overeenkomst wordt uitgevoerd, leveren daartoe alleen geen grond op.³⁶ Het Hof van Cassatie heeft zijn rechtspraak sedertdien herhaalde malen bevestigd.³⁷ In een arrest van 13 oktober 1997 nam het Hof ook artikel 20, 1° van de Arbeidsovereenkomstenwet³⁸ in ogenschouw. Het overwoog dat artikel 1134 BW en artikel 20, 1° van de Arbeidsovereenkomstenwet impliceren dat de werkgever de overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig kan wijzigen of herroepen, zonder tekort te komen aan zijn contractuele verbintenissen. Het is hierbij van geen belang of de wijziging weinig belangrijk is of slaat op een bijkomstig gegeven van de arbeidsovereenkomst.³⁹ De principiële onmogelijkheid om wat overeengekomen werd eenzijdig

voirs du juge des référés" in in S. GILSON (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 47. Zie ook P.W. KAMPHUIZEN en F.M.J.J. DUYNSTEE, *Contractsvrijheid. Twee preadviezen uitgebracht in de vergadering van 1 juni 1957 te Groningen van de Rechtskundige afdeling van het Thijmgenootschap [Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland]*, Utrecht, Het Spectrum, 1957, 1-2, die zich kritisch uitlaat over het gebruik van de formulering *pacta sunt servanda*.

³³ R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 30-31; R. KRUIJTHOF, "Leven en dood van het contract", *RW* 1985-86, 2752-2753; A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en het contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 117-118; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, 1082.

³⁴ Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 105, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE; Cass. 23 juni 1997, *RW* 1997-98, 1372, noot J.R.R. en *JTT* 1997, 333, noot C. WANTIEZ; Cass. 13 oktober 1997, *JTT* 1997, 481, noot J.-F. NEVEN.

³⁵ Zie o.m. M. PATTE, "Caractéristiques, exigences et tendances du droit du travail", *JTT* 1975, 37; M. SMITS, "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en ius variandi", *RW* 1986-87, 1057-1058; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht* in *RSR*, nr. 30, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 316-317; D. CUYPERS, "De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 1990, 100.

³⁶ Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 105, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE, *JTT* 1994, 443 en *Arr. Cass.* 1993, 1085.

³⁷ Cass. 23 juni 1997, *JTT* 1997, 333, noot C. WANTIEZ en *Arr.Cass.* 1997, 691; Cass. 13 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 400 en *JTT* 1997, 481, noot J.-F. NEVEN; Cass. 4 februari 2002, *JTT* 2002, 121.

³⁸ Volgens art. 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet is de werkgever verplicht de werknemer te doen werken op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen, inzonderheid zo de omstandigheden dit vereisen en behoudens strijdige bepaling, door de voor de uitvoering van het werk nodige hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking te stellen.

³⁹ Cass. 13 oktober 1997, *Arr.Cass.* 1997, 400 en *JTT* 1997, 481; *contra* Arbh. Bergen 7 juni 2007, *Soc.Kron.* 2007, 404.

te wijzigen, is het uitgangspunt en deze regel geldt voor zowel grote als kleine afspraken.

Met deze rechtspraak ondermijnde het Hof van Cassatie de door een belangrijk deel van de rechtspraak en rechtsleer verdedigde opvatting dat de werkgever het recht heeft de overeengekomen niet-essentiële arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Ook de eenzijdige wijziging van een essentiële voorwaarde werd in deze visie toelaatbaar geacht op voorwaarde dat de wijziging onbelangrijk was of gerechtvaardigd was door het belang van de onderneming.⁴⁰ Dit wijzigingsrecht van de werkgever, gewoonlijk aangeduid als het *ius variandi*⁴¹, werd geacht zijn oorsprong te vinden in de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende gezagsverhouding⁴², of in de voor een efficiënte bedrijfsvoering noodzakelijke flexibiliteit.⁴³ Het cassatiearrest van 20 december 1993 betekende het einde van het *ius variandi*.⁴⁴ In weerwil van veranderende omstandigheden waarin de arbeidsovereenkomst moet worden uitgevoerd, kenmerkt het contract zich in beginsel door rigiditeit.⁴⁵ Zonder het akkoord van de werknemer kunnen overeengekomen voorwaarden niet worden gewijzigd. Een gevolg van deze houding is dat de rol van de partijen bij de arbeidsovereenkomst aan belang kan winnen. Zij, en in het bijzonder de werkgever, kunnen de mogelijkheid van variabiliteit in hun overeenkomst opnemen.

Vooraf het wijzigingsbeding biedt de werkgever de vrijheid om overeengekomen arbeidsvoorwaarden te wijzigen wanneer en hoe het hem uitkomt. In

⁴⁰ Parl.St. Kamer 1977-78, nr. 293/4, 10; Arbrb. Brussel 11 april 1979, *JTT* 1980, 130; P. CRAHAY, "Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail", *JTT* 1985, 3; M. SMITS, "Impliciete verbreking van arbeidsovereenkomst en *ius variandi*", *RW* 1986-87, 1058; zie ook J. JACQMAIN, noot onder Arbrb. Brussel 27 april 1982, *Soc.Kron.* 1983, 191.

⁴¹ Zie HUMBLET, P., "*Ius variandi*: een Belgicisme?" in H. SNIJDERS en P. DE TAVERNIER (eds.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht. Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelterreinen van het privaatrecht*, Antwerpen, Maklu, 2013, 173-185.

De hier aan de orde zijnde opvatting betreft slechts één van de hypothesen waarop het wijzigingsrecht of *ius variandi* sloeg (zie voor een vollediger benadering M. SMITS, "Impliciete verbreking van arbeidsovereenkomst en *ius variandi*", *RW* 1986-87, 1057-1058; P. HUMBLET, "Ius dominandi of *ius variandi*: what's in a name?", *RW* 1994-95, 241-245).

⁴² M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de l'Université de Liège, 1982, 154; J. CLESSE en M. JAMOULLE, "Examen de jurisprudence (1978 à 1981). Contrat de travail", *RCJB* 1983, 615-616.

⁴³ J. STEYAERT, "Wijzigingsrecht- aanpassingsrecht *ius variandi* in arbeidsovereenkomsten" in *Jurist in bedrijf*, Brussel, Bruylant, 1989, 435-436; J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst* in *APR*, Brussel, E. Story-Scientia, 1990, 181-182; zie ook S. GILSON en L. DEAR, "La modification unilatérale des conditions de travail: un fait unique, des conséquences multiples et variées" in J. JACQMAIN (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 243-245.

⁴⁴ D. VOTQUENNE, "Het '*ius variandi*' van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige wijziging na het cassatiearrest van 20 december 1993", *JTT* 1994, 438.

⁴⁵ F. DORSSEMONT, "De onderneming: arbeidsgemeenschap of rechtsorde? Omtrent de mogelijke voorwaarden, de grondslagen, de beperkingen, de demonen, de gevaren en de voordelen van de institutionele leer, casu quo de institutionele leerstelsels", *TPR* 2003, 1378.

tegenstelling tot wat bepaalde auteurs voorhouden⁴⁶, mag de werkgever zich ook op het wijzigingsbeding beroepen in omstandigheden die uitsluitend van zijn wil afhangen. Uitzondering hierop vormt de situatie waarin partijen geldig één of bepaalde voorwaarden hebben gekoppeld aan de uitoefening van het wijzigingsrecht. Het is dan bij betwisting met toepassing van de gemeenrechtelijke bewijsregels aan de partij die zich op het beding beroept om te bewijzen dat deze voorwaarde(n) vervuld is of zijn.

14. Hoewel volgens artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet het beding waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, nietig is, volgt uit de algemeen aanvaarde interpretatie van dit artikel dat enkel niet-essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst het voorwerp kunnen uitmaken van een wijzigingsbeding.⁴⁷

15. In de context van het contractuele wijzigingsrecht van de werkgever, en de grenzen hiervan, moet het begrip ‘essentieel bestanddeel’ ruim worden opgevat. Het gaat om alle zaken waarvan mag worden aangenomen dat zij voor de partij in wiens voordeel ze werden overeengekomen, bepalend zijn of zijn geweest voor het sluiten van de overeenkomst⁴⁸ en het voortbestaan ervan.⁴⁹ Deze bestanddelen worden doorgaans aangeduid als *substantieel*, dit wil zeggen *subjectief-essentieel* voor de partijen, terwijl ze op grond van het wettelijk concept van arbeidsovereenkomst niet noodzakelijk *objectief-essentieel* zijn.⁵⁰

⁴⁶ Zie M. SMITS, “Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en ius variandi”, *RW* 1986-87, 1057, met verwijzing naar T. CLAEYS en R. SWENNEN, “Les modifications unilatérales du contrat de louage de travail”, *JTT* 1974, 54; P. FRANÇOIS, “Kan de arbeidsovereenkomst nog eenzijdig beëindigd worden?” (noot onder Cass. 30 november 1998), *TBBR* 2001, 91; N. GUNDT en A. VAN BEVER, “De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitsd op de wijziging van arbeidsvoorwaarden” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 95.

⁴⁷ Cass. 14 oktober 1991, *RW* 1991-92, 809, concl. H. LENAERTS. De beperkende interpretatie die het Openbaar Ministerie hier verdedigde en door het Hof werd overgenomen, blijkt ook impliciet uit latere cassatierechtspraak (Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 106, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE; Cass. 23 juni 1997, *JTT* 1997, 333, noot C. WANTIEZ; cf. Cass. 13 oktober 1997, *JTT* 1997, 481, noot J.-F. NEVEN).

⁴⁸ R. BOURGEOIS en R. VAN PUT, “La révision unilatérale du contrat de louage du travail”, *TSR* 1970, 293; J. CLESSE en M. JAMOULLE, “Examen de jurisprudence (1978 à 1981). Contrat de travail”, *RCJB* 1983, 617; L. DE SCHRIJVER, “De eenzijdige wijziging der voorwaarden van een arbeidsovereenkomst”, *Or.* 1972, 293; W. VAN EECKHOUTTE, “De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst” in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 6, Antwerpen, Intersentia, 2001, 760; *Arbh.* Luik 17 december 2003, *Soc.Kron.* 2004, 458, noot; *Arbrb.* Hoei 27 juni 2002, *Soc.Kron.* 2004, 154, noot.

⁴⁹ *Arbh.* Brussel 25 mei 2010, *JTT* 2010, 359; B. PATERNOSTRE, “Résolution judiciaire et acte équipollent à rupture” in E. VOGEL-POLSKY (ed.), *Permanence du droit civil en droit du travail*, Brussel, Ed. de l’Université de Bruxelles, 1983, 198; M. SMITS, “Impliciete verbreking van arbeidsovereenkomst en ius variandi”, *RW* 1986-87, 1047; D. CUYPERS, “De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden”, *Or.* 1990, 102.

⁵⁰ M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 179.

Het substantiële karakter van een bestanddeel kan in de eerste plaats worden afgeleid uit de schriftelijke arbeidsovereenkomst zelf. Indien arbeidsvoorwaarden precies en expliciet omschreven zijn, geven zij alvast een wenk over het belang dat partijen aan die voorwaarden hechten.⁵¹ Het akkoord tussen partijen kan bijvoorbeeld ook blijken uit correspondentie en uit de uitvoering van de overeenkomst.⁵² Precies dit laatste is, gelet op de specificiteit van de arbeidsovereenkomst, die, zoals al vermeld, geen vast en onveranderlijk gegeven is, zeer belangrijk. Het is partijen perfect toegelaten om de initiële overeenkomst tijdens de uitvoering ervan te vervangen of te wijzigen.⁵³ Hieruit volgt dat het essentiële karakter van een bestanddeel van de arbeidsovereenkomst ook mede kan worden ingevuld vanuit de uitvoering van de overeenkomst.⁵⁴ Een werkneemster die bijvoorbeeld is aangenomen als administratief bediende, wat een algemeen omschreven hoedanigheid is, maar in de praktijk nagenoeg uitsluitend directiesecretaresse blijkt te zijn (geweest), kan de bestendige uitvoering van de overeenkomst én haar verworven positie in het bedrijf aanhalen om het essentiële karakter van de functie aan te tonen. Dit is het evidente gevolg van het feit dat de beoordeling van het essentiële karakter gebeurt aan de hand van de vraag of dit bestanddeel, zoals er concreet uitvoering aan werd/wordt gegeven, bepalend is voor 'het voortbestaan' van de overeenkomst. Om te weten of een bepaald bestanddeel essentieel is, moet men nagaan welk belang de partijen hechten aan dat bestanddeel 'op het ogenblik van het doorvoeren van de eenzijdige wijziging'. Dit vergt dus een realiteitstoets.⁵⁵ Hoewel bestanddelen van de overeenkomst slechts essentieel kunnen zijn voor één van de partijen⁵⁶, mag dit gegeven niet enkel in de geest van de ene partij, in

⁵¹ K. DE GEYTER, "De eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst", *Or.* 1985, 216; W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie" in *De goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1990, 63; zie ook L. DEAR, "La sanction de la modification unilatérale – l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients" in S. GILSON (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, 2010, 83; zie ook Arbh. Brussel 25 mei 2010, *JTT* 2010, 359.

⁵² Zie P. CRAHAY, "Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail", *JTT* 1985, 6.

⁵³ Arbh. Antwerpen 4 februari 2004, *Soc.Kron.* 2004, 462. Het bestaan en de inhoud van een dergelijke wijzigende overeenkomst kunnen worden bewezen met alle middelen van recht, inzonderheid kan het bewijs daarvan worden afgeleid uit de wijze waarop de arbeidsovereenkomst werd uitgevoerd (zie art. 1341 BW; H. BUYSENS, "Bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 4, Antwerpen, Maklu, 1993, 222).

⁵⁴ Zie ook K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 596-598.

⁵⁵ F. HENDRICKX, "De inhoud van de arbeidsovereenkomst", *TSR*1998 (bijzonder nummer), 97.

⁵⁶ M. DE VOS, "Zwart loon door overeengekomen ontduiking van socialezekerheidsbijdragen: algemene civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 5, Gent, Mys & Breesch, 1997, 173-174, die erop wijst dat het niet denkbeeldig is dat een bepaalde looncomponent alleen essentieel is voor de toestemming van de werknemer, in het bijzonder wanneer het een component van geringe waarde betreft.

casu de werknemer, bestaan; het moet in de ‘contractsfeer’ zijn getreden.⁵⁷ Dit vereist echter geen uitdrukkelijke kennisgeving van de werknemer. Zo kan een in de loop van de tijd gehanteerd arbeidspatroon als een arbeidsvoorwaarde worden aangezien, zelfs als dit patroon niet met zoveel woorden is vastgelegd, maar de werkgever ermee bekend is of ermee bekend behoort te zijn dat de werknemer er belang bij heeft in dat patroon werkzaam te blijven.⁵⁸

16. Met een arrest van 16 september 2013 besliste het Hof van Cassatie dat de overeengekomen functie in principe een essentieel element is, tenzij uit de overeenkomst of uit de uitvoering die partijen daaraan hebben gegeven, kan worden afgeleid dat dit niet het geval is.⁵⁹ In dit arrest overwoog het Hof dat noch met het oordeel dat “het voorwerp van de door de partijen gesloten arbeidsovereenkomst niet tot doel had een hiërarchisch hogere functie te bekleden” die hij bekleedde op het tijdstip van het verbreken van de contractuele betrekkingen en waartoe hij slechts kon toetreden bij het beklimmen van de hiërarchische ladder, noch met de toevoeging dat vaststaat “dat de eiser geen arbeidsovereenkomst zou hebben ondertekend als de uitoefening van die functie daarin niet was vermeld”, het bestreden arrest zijn beslissing naar recht dat “de uitoefening van die functie geen essentieel element van de arbeidsovereenkomst vormt” verantwoordde.

Partijen zullen in veel gevallen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst slechts een aanvangsfunctie voor ogen hebben gehad. Zij zullen er ongetwijfeld van uitgegaan zijn dat de werknemer bijvoorbeeld promotie kan krijgen. Om het essentiële karakter te beoordelen is dan ook vaak niet alleen de functie op zich relevant maar ook de verantwoordelijkheden en de status die ermee gepaard gaan. Dit is wat in Frankrijk wordt aangeduid als de *qualification professionnelle*. Deze term duidt op het niveau waarop de werkzaamheden worden uitgeoefend.⁶⁰ Het komt ook geregeld voor dat de arbeidsovereenkomst vermeldt dat de werknemer aanvaardt dat de functie geen essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst is of dat de werknemer allerlei taken zal uitoefenen. De rechter zal moeten nagaan of deze afspraak nog geldt op het ogenblik van de wijziging, dan wel of partijen daarop schriftelijk, mondeling of stilzwijgend zijn teruggekomen.⁶¹ Hoe groter de verantwoordelijkheden en de status verbonden aan de uitgeoefende functie, hoe belangrijker de materiële en morele voordelen zullen zijn die de werknemer eruit haalt, en hoe aannemelijker het zal zijn dat partijen het niveau waarop de

⁵⁷ Vgl. A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en de uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 112.

⁵⁸ Vgl. D.J.B. DE WOLFF, *Goed werknemerschap. Een analyse van de verplichtingen van de werknemer in het licht van de redelijkheid en de billijkheid*, Deventer, Kluwer, 2007, 108.

⁵⁹ Cass. 16 september 2013, *JTT* 2013, 433; vgl. M. SMITS, “Impliciete verbreking van arbeidsovereenkomst en *ius variandi*”, *RW* 1986-87, 1048.

⁶⁰ Zie P.-H. ANTONMATTÉI, *Les clauses du contrat de travail*, Rueil-Malmaison, Ed. Liaisons, 2005, 25.

⁶¹ Zie hierover in het bijzonder K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 596-598.

werkzaamheden worden uitgeoefend inderdaad (ondertussen) een essentieel karakter hebben toebedeeld.

17. Kan de vraag of een voorwaarde van de overeenkomst al dan niet essentieel is, beantwoord worden aan de hand van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen wijzigingsbeding? Volgens bepaalde rechtspraak en rechtsleer wel. Zij menen dat het opnemen van een dergelijke clause gewoon een manier is om aan te geven dat de voorwaarde in kwestie door partijen als niet-essentieel wordt beschouwd.⁶² Zo besliste het arbeidshof van Luik dat het artikel in de arbeidsovereenkomst dat bepaalt dat de werknemer kan worden toegewezen aan een ander agentschap of aan de maatschappelijke zetel, niet valt onder het verbod van artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Volgens het arbeidshof heeft dit artikel *“seulement pour effet de ranger le lieu de travail dans la catégorie des éléments non essentiels que l'employeur est en droit de modifier.”*⁶³ Ook het arbeidshof van Brussel overwoog recenter nog dat niets belet dat partijen in de arbeidsovereenkomst bedingen dat een bestanddeel ervan niet als essentieel wordt aangezien, door de wijzigbaarheid ervan in de overeenkomst zelf te bepalen.⁶⁴

Deze redenering wordt bekritiseerd omdat zij tot gevolg heeft dat artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet zichzelf buiten werking stelt. Als men aanvaardt dat dit artikel niet van toepassing is op bijkomstige voorwaarden van de overeenkomst, kan men niet tegelijkertijd aannemen dat een voorwaarde bijkomstig is op de enkele grond dat de partijen omtrent die voorwaarde een wijzigingsbeding overeengekomen zijn. Een dergelijke redenering zou elke draagwijdte aan deze bepaling ontfengen.⁶⁵ Ten tweede sluit het dwingende karakter van artikel 25 uit dat het toepassingsgebied ervan uitsluitend afhankelijk is van de wil van de partijen.

18. Bepaalde rechtspraak en rechtsleer maken bij de beoordeling van het essentiële karakter van een bestanddeel voor de werknemer, ook de afweging met het belang van de onderneming. Als argument hiervoor schuiven zij de vastheid van betrekking van de werknemer naar voren. Met het oog op de waarborg van een zekere vastheid van betrekking is het volgens hen in het belang van de werknemer zelf dat hij een zekere soepelheid aan de dag legt, zeker wanneer de onderneming volledig wordt geherstructureerd of gereorganiseerd.⁶⁶

⁶² W. VAN EECKHOUTTE, “De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst” in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 27.

⁶³ Arbh. Luik AR 7445/2003, 26 oktober 2004, onuitg.; Arbh. Luik AR 31593/2003, 12 april 2005, onuitg.

⁶⁴ Arbh. Brussel 31 mei 2010, *JTT* 2010, 358; Arbh. Brussel 18 december 2012, *JTT* 2013, 195.

⁶⁵ R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, 370-371.

⁶⁶ Arbh. Brussel 10 december 1980, *JTT* 1982, 109; Arbh. Luik 22 maart 1982, *JTT* 1983, 224; Arbh. Brussel 25 februari 1983, *JTT* 1984, 313; Arbh. Luik 23 mei 1984, *TSR* 1985, 326; Arbh.

Nog minder dan bij de beoordeling van de belangrijkheid van de wijziging, die hieronder aan bod komt, is belangenafweging hier aan de orde. Zeker bij bestanddelen van de overeenkomst die als subjectief-essentieel worden ervaren valt moeilijk te begrijpen hoe het belang van de werkgever of van de onderneming deze bestanddelen dit karakter kunnen ontnemen. Een bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kan essentieel zijn voor slechts één van de partijen, terwijl de andere partij dit enkel weet of redelijkerwijze behoort te weten. Bij de beoordeling van de geldigheid van een wijzigingsbeding en bij impliciet ontslag zal een en ander *de facto* worden beoordeeld vanuit de positie van de werknemer, als partij in wiens voordeel het werd overeengekomen.⁶⁷ In eerste instantie zal hij aannemelijk moeten maken dat het gewijzigde bestanddeel – voor zover het niet objectief-essentieel is – van substantieel belang voor hem was/is. In tweede instantie moet worden voldaan aan de kenbaarheidsvereiste aan de andere zijde. Ook de werkgever moet weten of redelijkerwijze kunnen weten wat het belang is van de desbetreffende arbeidsvoorwaarde voor de werknemer.⁶⁸ Belangenafwegingen horen (enkel) thuis bij de beoordeling van de goede trouw en het rechtsmisbruik.

IV. MOGELIJKHEID TOT EENZIJDIGE WIJZIGING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

19. In België neemt een belangrijk deel van de Nederlandstalige doctrine aan dat de werkgever een marginaal wijzigingsrecht heeft, dat gebaseerd is op artikel 1134, derde lid BW.⁶⁹ Zoals gekend, moeten overeenkomsten volgens deze bepaling te goeder trouw worden uitgevoerd. Hoewel ook in dit verband wordt

Brussel 9 juni 2000, *AJT* 2000-01, 70; W. VAN EECKHOUTTE, “Het belang van de werkgever”, *TSR* 1994, 43; zie ook N. GUNDT en A. VAN BEVER, “De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 92.

⁶⁷ Zie J. CLESSE en M. JAMOULLE, “Examen de jurisprudence (1978 à 1981). Contrat de travail”, *RCJB* 1983, 617; L. DE SCHRIJVER, “De eenzijdige wijziging van de voorwaarden van een arbeidsovereenkomst”, *Or.* 1972, 293; zie ook M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 179.

⁶⁸ S.F.H. JELLINGHAUS, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, onuitg., proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de rechten, Universiteit Tilburg, 2003, 60 (uitgegeven bij Kluwer in 2003).

⁶⁹ P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, 146; F. HENDRICKX, “Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie” in *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, (297) 301; A. VAN BEVER, “Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden”, *TSR* 2010, 516-517; N. GUNDT en A. VAN BEVER, “De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 98-99; N. GUNDT en W. RAUWS, “De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht”, *TSR* 2010, 250-254.

gefocust op overeenstemming – de werknemer zou in bepaalde omstandigheden zijn instemming met een wijziging niet mogen weigeren⁷⁰ – wordt dit recht toch vrij consequent aangeduid als een *eenzijdig* wijzigingsrecht van de werkgever.⁷¹ Een mogelijke verklaring hiervoor is dat deze opvatting, die in de beperkende werking van de goede trouw en het ermee samenvallende verbod van misbruik van contractuele rechten een grond voor flexibiliteit ziet, vooral opgang heeft gekend na de afwijzing door het Hof van Cassatie in 1993 van het bestaan van een *ius variandi* van de werkgever.⁷² Aangezien de werknemer wordt verondersteld in te stemmen met de wijziging, gaat het finaliter wel om een tweezijdige wijziging.

20. Het rechtsmisbruik bestaat er dan in dat de werknemer toepassing wil maken van een bepaald beding of een onderdeel van zijn overeenkomst, terwijl dit voor de werkgever een nadeel meebrengt dat buiten alle verhouding staat tot het voordeel dat de werknemer bij zijn houding heeft.⁷³ Aldus zou de werknemer bijvoorbeeld een door legitieme motieven verantwoorde functiewijziging moeten aanvaarden, als die hem in een positie brengt die in alle opzichten gelijkwaardig of gunstiger is dan voorheen.⁷⁴ Hij zou zich evenmin, zonder afdoende motive-ring, kunnen verzetten tegen een zeer beperkte wijziging van de overeengekomen arbeidsplaats, terwijl dergelijke wijziging essentieel is voor het voortbestaan van de onderneming.⁷⁵ Er werd reeds geoordeeld dat de goede trouw kan vereisen dat een bediende, een klasseerder, bij een plots personeelstekort handenarbeid verricht gedurende ongeveer twee uur per dag.^{76,77} Wanneer er evenwel geen verband

⁷⁰ Zie F. HENDRICKX, “De inhoud van de arbeidsovereenkomst”, *TSR* 1998 (bijzonder nummer), 93; zie ook N. GUNDT en A. VAN BEVER, “De evolutie van het basisbeginsel van de goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegesplitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 99.

⁷¹ Zie o.m. K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 607; B. CROIMANS en J.J.M. DE LAAT, “Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?”, *TSR* 2008, 508.

⁷² Cass. 20 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, 105, noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE; Cass. 23 juni 1997, *JTT* 1997, 333, noot C. WANTIEZ; zie eerder M. PATTE, “Caractéristiques, exigences et tendances du droit du travail”, *JTT* 1975, 20; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht* in *Reeks Sociaal Recht*, nr. 30, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 316-317; M. SMITS, “Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en *ius variandi*”, *RW* 1986-87, 1057-1058; D. CUYPERS, “De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden”, *Or.* 1990, 100.

⁷³ K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 617; N. GUNDT en W. RAUWS, “De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht”, *TSR* 2010, 251.

⁷⁴ Zie W. VAN EECKHOUTTE, “De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst” in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 54.

⁷⁵ N. GUNDT en W. RAUWS, “De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht”, *TSR* 2010, 516.

⁷⁶ Arbh. Brussel 23 mei 1984, *JTT* 1984, 376 en *TSR* 1985, 452.

⁷⁷ Voor de toepassing van het ‘marginaal’ wijzigingsrecht is de discussie die vroeger werd gevoerd in het kader van het zogenaamde algemene *ius variandi* van de werkgever over het

bestaat tussen de afschaffing van anciënniteitsverlof en een hogere werkdruk, en deze afschaffing dus niet kan worden verklaard vanuit het belang van de onderneming, is de weigering van de werknemer om deze afschaffing te aanvaarden niet strijdig met de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren.⁷⁸

Rechtsmisbruik is geenszins evident. De titularis van een recht begaat geen rechtsmisbruik door in eigenbelang van dit recht gebruik te maken.⁷⁹ Het is voorts niet omdat er nadeel is dat er sprake is van rechtsmisbruik.⁸⁰ Het belang van de beperkende werking van de goede trouw als basis voor flexibiliteit in de arbeids-overeenkomst is dan ook eerder bescheiden.⁸¹ Er is pas rechtsmisbruik wanneer het voordeel dat de rechtstitularis uit de uitoefening van zijn recht put of beoogt te putten, buiten verhouding staat tot het enorme nadeel voor de wederpartij. De wanverhouding is als objectief gegeven noodzakelijk maar voldoende; de intentie is irrelevant. Bij de beoordeling van de in het geding betrokken belangen moet de rechter oog hebben voor alle omstandigheden.

Hier treedt het belang van de werkgever wel op de voorgrond. Dat belang moet uiteraard bewezen zijn, vooraleer het in aanmerking kan worden genomen. Het belang dat de werknemer heeft om de ongewijzigde voortzetting van de arbeids-overeenkomst te eisen, moet bovendien buiten verhouding staan tot het nadeel van de werkgever. Alle omstandigheden spelen: gaat het om een tijdelijke of definitieve wijziging? Wat zijn de gevolgen, ook op termijn? Voor de werknemer gaat het in de regel over de enige arbeidsverhouding en zijn enige, minstens belangrijkste bron van inkomsten. De werkgever van zijn kant heeft doorgaans verschillende of zelfs talrijke werknemers in dienst. De vraag zal dus zijn of de weigering van één werknemer om een andere overeenkomst te sluiten buiten verhouding staat tot het geschade belang van de werkgever. De eerste 'rechter' is de werkgever. Ofwel beëindigt hij de arbeidsovereenkomst met de weigerende werknemer, ofwel biedt hij niet langer de overeengekomen arbeid aan en dient de werknemer standpunt in te nemen, wat er dan op neer komt dat hij toegeeft, ontslag neemt en/of juridische acties onderneemt.

21. Het grootste bezwaar tegen de exclusieve aandacht voor beperkende werking van de goede trouw is dat er eigenlijk een stap wordt overgeslagen. Het is

onderscheid tussen essentiële en niet-essentiële arbeidsvoorwaarden niet langer relevant (vgl. W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie" in *De goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1990, 62; W. VAN EECKHOUTTE, "Het belang van de werkgever", *TSR* 1994, 39-40; zie ook F. HENDRICKX, "De inhoud van de arbeidsovereenkomst", *TSR* 1998 (bijzonder nummer), 95).

⁷⁸ Arbrb. Gent 19 januari 1996, *TGR* 1996, 168.

⁷⁹ Cass. 19 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 52; Cass. 18 juni 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1441.

⁸⁰ Cass. 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 238; Cass. 30 november 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 442; Cass. 20 februari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 583; Cass. 21 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 392.

⁸¹ P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, 150.

in eerste instantie het gedrag van de partij die de overeenkomst wil wijzigen, dat moet worden getoetst. Dat kan via de aanvullende werking van de goede trouw.

De betamelijkheid in het maatschappelijk verkeer verplicht de partijen ertoe om, bij de uitvoering van de overeenkomst, hun gedrag niet uitsluitend door hun eigen belang, maar ook door dat van de wederpartij te laten bepalen. Daardoor ontstaat voor de partijen de verplichting om, naargelang van de omstandigheden, bij de uitvoering van de overeenkomst loyaal met elkaar samen te werken.⁸² Eén van de aanvullende loyauteitsverplichtingen is een heronderhandelingsplicht bij overeenkomsten van lange duur.⁸³

Voor de invulling van de heronderhandelingsplicht kan inspiratie worden gevonden in Nederland. Het wijzigingsvoorstel van de werkgever moet formeel en materieel redelijk zijn.⁸⁴ De criteria die hieronder worden vermeld, zouden altijd aan bod moeten komen.

De formele redelijkheid vereist dat:

- de werkgever de werknemer tijdig en volledig inlicht over de beoogde wijziging en haar gevolgen;
- hij een overgangperiode in acht neemt, zodat de werknemer zich kan aanpassen of voorbereiden;
- de werknemer de nodige tijd krijgt om standpunt in te nemen.

Voor de materiële redelijkheid zijn minstens de volgende drie criteria relevant:

- Het al dan niet essentiële karakter van het bestanddeel waarop het wijzigingsvoorstel betrekking heeft en de gevolgen ervan op (de rest van) de overeenkomst. Het onderscheid tussen essentiële en bijkomstige bestanddelen van de arbeidsovereenkomst is dus een relevant maar geen doorslaggevend criterium. Hetzelfde geldt voor het tijdelijke of definitieve karakter van de beoogde wijziging.
- De vraag wie aan de oorzaak ligt van de beoogde wijziging. Als een functie verdwijnt ten gevolge van een reorganisatie zal het resultaat van de operatie nagenoeg neutraal moeten zijn (en alleszins neutraal wat de essentiële bestanddelen betreft). Bij een voorstel tot functiewijziging als gevolg van zijn disfunctioneren mag meer toegeeflijkheid van de werknemer worden verwacht.
- De keuze voor de minst ingrijpende wijziging en de mate waarin de negatieve gevolgen ervan op de rest van de overeenkomst worden gecompenseerd of verzacht.

⁸² A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 124; F. ROBERT, "La relation de travail face à l'entreprise socialement responsable. Entre les Tics et les Tocs", *DAOR* 2010, afl. 93, 83.

⁸³ Zie S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Deel 1*, Brugge, die Keure, 2005, 62.

⁸⁴ I. VAN PUYVELDE, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten Universiteit Antwerpen, 2015, 281-300.

Met dit kader krijgen partijen een stuk zekerheid. De rechter moet deze kern-aspecten in elk geval in zijn beoordeling betrekken en de niet-naleving ervan afdoende bestraffen. Hij moet duidelijk aangeven waarom in een concreet geval een wijzigingsvoorstel al dan niet diende te worden aanvaard. Dit vereist een mentaliteitswijziging bij de rechters, maar hierdoor wordt de rechtspraak wel een stuk transparanter. Het geeft de contractpartijen houvast en zorgt voor een zekere voorspelbaarheid. De rechtspraak die zich zal ontwikkelen, zal mogelijk mee hun houding bepalen.

V. IMPLICIET ONTSLAG

22. Algemeen wordt aangenomen dat ontslag niet alleen uitdrukkelijk op onregelmatige wijze kan worden gegeven, maar ook impliciet. Die wijze van onregelmatig ontslag kan twee vormen aannemen: wanprestatie met de bedoeling de overeenkomst te beëindigen en de belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.

De vereiste van belangrijkheid van de eenzijdige wijziging is logisch als men aanneemt dat de wil tot beëindiging van de bestaande arbeidsovereenkomst moet blijken uit die wijziging. Men kan inderdaad moeilijk voorhouden dat een partij het wezen van de arbeidsovereenkomst verwerpt en haar dus beëindigt, wanneer zij enkel in onbelangrijke mate een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst niet meer wil behouden.⁸⁵

23. Een criterium voor de beoordeling van de belangrijkheid van de wijziging dat resoluut van de hand moet worden gewezen, is dat van de belangenafweging tussen werkgever en werknemer.⁸⁶ Bepaalde rechtspraak⁸⁷, rechtsleer⁸⁸ en zekere berichtgeving⁸⁹, poneren dat, ter beoordeling van de mate van belangrijkheid van

⁸⁵ W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 6, Antwerpen, Intersentia, 2001, 757.

⁸⁶ Vgl. P. CRAHAY, "Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail", *JTT* 1985, 22; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 22-23.

⁸⁷ Arbh. Brussel 9 juni 2000, *AJT* 2000-01, 70; Arbh. Gent 17 november 2000, bestreden arrest bij Cass. 4 februari 2002; Arbh. Brussel 18 december 2012, *JTT* 2013, 195.

⁸⁸ CLAEYS & ENGELS, *Contrats de travail. Licenciement & démission*, Waterloo, Kluwer, 2010, 573; zie ook K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 600-603; I. VERREYt en P. TIERENS, *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, LBC-NVK, 2012, 453; zie ook O. VANACHTER, "(Eenzijdige) wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 1984, 131, die de belangenafweging in verband brengt met de vraag of er sprake is van een *essentieel* element van de arbeidsvoorwaarden.

⁸⁹ Zie *hrtoday* van 2 maart 2010, waar de commentator zich m.i. ten onrechte beroept op een arrest van het arbeidshof te Bergen van 8 april 2008 (AR 20.638, onuitg.), aangezien dit arrest de belangenafweging niet eens betreft in zijn oordeel.

de wijziging met de belangen van zowel de werkgever als de werknemer, moet worden rekening gehouden en dat het gemeenschappelijke belang – dit is dan het zogenaamde ondernemingsbelang – dient te primeren op het individuele belang van de werknemer. Wij treden volmondig het standpunt van SMITS bij dat de redenering dat werknemers begrip moeten hebben voor de zwakte van hun onderneming op zichzelf best verdedigbaar kan zijn, maar dat dit argument hier niet op de goede plaats wordt gebruikt. Sociaaleconomische redenen en omstandigheden moeten aan bod komen op het daartoe geëigende niveau, namelijk dat van de collectieve arbeidsbetrekkingen of van de wetgeving. Op het individuele vlak moeten de bepalingen van de arbeidsovereenkomst worden gerespecteerd. Een partij die haar verbintenis niet uitvoert, kan haar eigen belang hiervoor niet als rechtvaardiging inroepen.⁹⁰ Belangenafweging heeft zijn plaats in het raam van de goede trouw, niet hier.

24. Of een wijziging belangrijk is, dient telkens *in concreto* te worden beoordeeld. Deze beoordeling is in cassatie onaantastbaar. Hierbij moet de rechter zich laten leiden door de vraag of de wijziging voor de werknemer een materieel of moreel nadeel tot gevolg heeft. Gaat het om een nadeel, prestigeverlies of een ongemak dat de werknemer redelijkerwijze moet verdragen? De gehechtheid van een partij aan een bestanddeel op het ogenblik van de wijziging is hierbij van belang. Indien deze intens is, levert de minste wijziging volgens bepaalde rechtsleer contractbreuk op, aangezien zij het rechtmatige verwachtingspatroon dat deze partij op basis van de overeenkomst mocht hebben, doorbreekt.⁹¹

Enige relativering is hier wel op zijn plaats. De exclusieve aandacht voor het belang dat de werknemer aan de bewuste arbeidsvoorwaarde hecht, gaat mijns inziens iets te ver. Zo speelt het bestanddeel waarop de wijziging betrekking heeft zeker een rol. Het loon is ongetwijfeld het meest onwrikbare element. Dit volgt uit het belang ervan voor de werknemer. Het loon stelt hem in de mogelijkheid in zijn levensonderhoud en dat van zijn gezin te voorzien.⁹² De arbeidsplaats en de functie zullen begrijpelijkerwijs minder star worden benaderd. Bij de arbeidsplaats kunnen de transportmogelijkheden meespelen⁹³, al dient de concrete bezwaarlijkheid van de aanpassing mee in aanmerking te worden genomen. Het privéleven en de persoonlijke vrijheden mogen niet onredelijk zwaar worden

⁹⁰ M. SMITS, "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en *ius variandi*", RW 1986-87, 1050.

⁹¹ Vgl. J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1992, 65-66; zie ook L. DEAR, "La sanction de la modification unilatérale – l'acte éuipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients" in S. GILSON (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, 2010, 88 en de voorbeelden aldaar.

⁹² M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 180.

⁹³ W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 757-758.

geraakt. In een arrest van 17 december 2003 oordeelde het arbeidshof van Luik dat er sprake was van een impliciet ontslag bij de belangrijke delokalisatie van de arbeidsplaats (van de regio Luik naar Waver) die, zelfs vergezeld van financiële compensaties, een nieuwe en belangrijke verplaatsingsduur tot gevolg had, en die door de werkneemster afgewezen werd wegens familiale en gezondheidsredenen.⁹⁴ In een arrest van 11 december 2003 vond hetzelfde hof een verplaatsing van de arbeidsplaats met 30 kilometer dan weer niet belangrijk genoeg.⁹⁵ Verder mag van werknemers met een bepaalde functie of opleiding worden verwacht dat zij een zekere soepelheid incalculeren, op voorwaarde dat de aangebrachte wijziging uiteraard geen degradatie of achteruitgang betekent.^{96, 97} Ten slotte dient in dit verband nog opgemerkt dat alle omstandigheden die in het concrete geval een rol spelen, in aanmerking moeten worden genomen. Dit geldt in het bijzonder voor de aan- of afwezigheid van een toereikende compensatieregeling, die bijvoorbeeld kan bestaan in de aanpassing van het uurrooster en de tenlasteneming van de verplaatsingskosten bij een wijziging van de arbeidsplaats.⁹⁸ Uit de hierboven aangehaalde rechtspraak is echter gebleken dat deze omstandigheden niet per definitie doorslaggevend zijn.

VI. SLOTBESCHOUWINGEN

25. Sta mij toe de slotbeschouwingen van mijn bijdrage voor iemand die ik ken als een liefhebber van klassieke muziek en literatuur, te beginnen met een citaat: "... zoals overal waren de ongeschreven wetten sterker dan de gewone".⁹⁹

26. Ik ben de laatste om te ontkennen dat het arbeidsrecht geen volledig eenzijdig georiënteerde rechtstak is. Het arbeidsrecht heeft een beschermende finaliteit ten voordele van de werknemer maar het houdt ook rekening met het belang van de werkgever.¹⁰⁰

⁹⁴ Arbh. Luik 17 december 2003, *JTT* 2005, 6; zie ook Arbh. Gent 14 februari 2005, *Soc.Kron.* 2005, 321 (verplaatsing van de arbeidsplaats van Gent naar Beveren-Waas).

⁹⁵ Arbh. Luik 11 december 2003, *Soc.Kron.* 2004, 455.

⁹⁶ Zie Cass. 11 oktober 2010, *Arr.Cass.* 2010, 2443.

⁹⁷ Ook de algemeenheid of vaagheid van de overeenkomst kan medebepalend zijn voor wat de werknemer redelijkerwijze mag verwachten (zie Cass. 11 oktober 2010, *Arr.Cass.* 2010, 2443; vgl. K. MAGERMAN, *Loonvoorwaarden wijzigen*, Brugge, die Keure, 2010, 179).

⁹⁸ Arbh. Luik 11 december 2003, *Soc.Kron.* 2004, 455; P. CRAHAY, "Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail", *JTT* 1985, 27; L. DEAR, "La sanction de la modification unilatérale – l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients" in S. GILSON (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, 2010, 89.

⁹⁹ H. HESSE, *Narziss en Goldmund*, p. 27.

¹⁰⁰ Zie W. VAN ECKHOUTTE, "Het belang van de werkgever", *TSR* 1994, 13; F. HENDRICKX, "De arbeidsovereenkomst: een burgerlijke en sociale verbintenis" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 75-76; N. ZEKIC, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 83 (die de belangen

27. Daarover gaat het hier echter niet. Ik heb mij bewust beperkt tot de wilsautonomie van de partijen bij een arbeidsovereenkomst en hoe de arbeidsrechtspraak en -rechtsleer die benaderen. Opvallend is dat, zonder enige wettelijke grondslag, het belang van de werkgever boven dat van de werknemer wordt geplaatst.

Dit gebeurde eerst met het *ius variandi*. Het is louter door te wijzen op het verbintenisrechtelijk principe dat overeenkomsten partijen tot wet strekken, dat het Hof van Cassatie gezorgd heeft voor rigiditeit en zo ook voor meer bescherming van de werknemer. Individuele afspraken moeten worden nageleefd, tenzij de werknemer akkoord gaat met een wijziging ervan.

Daarna was het weer vanuit arbeidsrechtelijke hoek dat flexibiliteit voor de werkgever werd 'ingevoerd', door bij de beoordeling van het essentiële karakter van een bestanddeel van een arbeidsovereenkomst of de belangrijkheid van een wijziging, het belang van de werkgever te betrekken. In geen van beide gevallen is hiervoor een deugdelijke juridische grondslag voorhanden.

Laten we vooral de geschreven wetten respecteren. Indien we te ver meegaan in de flexibiliseringsgedachte, gaan we immers niet de wilsautonomie laten primeren maar gaan we de wil van één van de partijen, meer bepaald de werkgever, als maatgevend beschouwen. De slinger slaat dan wel vervaarlijk over naar de andere en vanuit de beschermende finaliteit van het arbeidsrecht, verkeerde kant.

En waarom zou het arbeidsrecht zich daartoe moeten lenen zonder dat daar enige waarborg voor jobzekerheid tegenover staat?

van de werkgevers omschrijft als de belangen om de onderneming efficiënt en concurrerend te organiseren).

DE JANUSKOP VAN DE EUROPESE INTERNE MARKT: DELOYALE SOCIALE CONCURRENTIE OF PROTECTIONISME?

Herwig VERSCHUEREN

Hoogleraar Universiteit Antwerpen; gastprofessor Vrije Universiteit Brussel

I. INLEIDING

Wellicht de belangrijkste bijdrage van Marc RIGAUX tot het wetenschappelijk onderzoek van het sociaal recht is de introductie van de notie “sociale concurrentie”. Sociale concurrentie doet zich voor wanneer personen die zich genoodzaakt zien om hun arbeidspotentieel ten gelde te maken teneinde in hun levensonderhoud te voorzien, met elkaar op de vrije arbeidsmarkt in concurrentie komen. Zulke sociale concurrentie leidt op haar beurt tot sociale uitbuiting en sociale uitsluiting. Het is de rol van onder meer het arbeidsrecht om dit laatste in te perken en te corrigeren, maar het slaagt daar slechts ten dele en hoe langer hoe minder in. Binnen het denken over de vrije arbeidsmarkt wordt concurrentie, en dus ook sociale concurrentie, in beginsel immers als iets positiefs gezien, omdat het deze markt performanter zou maken.¹ Marc RIGAUX verwijst hierbij onder meer naar de nefaste invloed van het Unierecht en meer bepaald van het internemarktrecht, dat in zijn ogen de sociale concurrentie tussen werknemers heeft versterkt. Zo stelt hij dat het arbeidsrecht van de lidstaten door het Unierecht is gereduceerd “*au rang d’infra-droit*” of nog tot “*sous-systèmes*” van het Europese internemarktrecht.²

In deze bijdrage zullen we dieper ingaan op één van de onderdelen van het Europese internemarktrecht die een belangrijke rol spelen in de sociale concurrentie tussen werknemers, met name de mogelijkheid voor werknemers om in andere lidstaten te gaan werken of daar door hun werkgevers te worden ingezet.

¹ Zie in het bijzonder zijn analyse in M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 264 p. en M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l’Homme au travail (re)mis en cause*, Brussel, Bruylant, 2009, 217 p.

² M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l’Homme au travail (re)mis en cause*, o.c., 139 en 153.

We zullen het in deze bijdrage hebben over ‘grensoverschrijdende werknemers’, waarmee we zowel de werknemers bedoelen die op eigen initiatief in een andere lidstaat gaan werken, als de werknemers die door hun werkgever tijdelijk worden uitgestuurd naar een andere lidstaat om daar te gaan werken. Deze grensoverschrijdende arbeid heeft geleid tot vragen over de territoriale werkingssfeer van het nationale arbeidsrecht. Kan voor arbeid verricht op het grondgebied van een lidstaat door werknemers in een Europees grensoverschrijdende situatie, het arbeidsrecht en de loon- en arbeidsvoorwaarden van deze lidstaat wel worden toegepast? Wanneer wel, wanneer niet? Deze vragen zijn vooral prangend geworden door de toename van zulke grensoverschrijdende situaties na de uitbreiding van de Europese Unie met nieuwe lidstaten in 2004, 2007 en 2013, vaak lidstaten waar het loonniveau veel lager ligt dan in de zogenaamde ‘oude’ lidstaten. In de mate dat binnen het grondgebied van de gastlidstaat niet steeds de arbeidsrechtelijke bescherming van die lidstaat kan worden toegepast, leidt dit tot een situatie van extraterritoriale toepassing van het arbeidsrecht van een andere lidstaat en tot geïmporteerde sociale concurrentie binnen de eerste lidstaat.

De kernvraag die zich hierbij stelt, is de volgende: gaat het hier om een normale vorm van concurrentie binnen de Europese interne markt die ook mag spelen op het vlak van de arbeids- en loonvoorwaarden, of hebben we hier te maken met een nefaste invloed van het marktdenken op het sociaal recht als beschermingsrecht? Is het opkomen tegen zulke sociale concurrentie een vorm van protectionisme die vooral werknemers uit economisch minder welvarende landen wil weghouden van de arbeidsmarkt van de zogenaamd ‘rijkere’ lidstaten? Of is het juist belangrijk hiertegen op te komen omdat het een vorm is van sociale dumping die uiteindelijk leidt tot het ondermijnen van de arbeidsrechtelijke bescherming van alle werknemers in de Europese Unie?

Scherp gesteld gaat het om twee visies op de Europese integratie via de Europese interne markt. De eerste visie stelt dat het Europese internemarktrecht neutraal moet blijven ten aanzien van de toepassing van het arbeidsrecht van de lidstaten. De concurrentie tussen bedrijven mag niet gevoerd worden via de verschillen in kostprijs van arbeid tussen de lidstaten. De andere visie stelt dat juist de interne markt het wel mogelijk moet maken dat deze kostprijs een element vormt van de vrije concurrentie op de interne markt.³

Wat de grensoverschrijdende werknemers specifiek betreft, worden in deze context twee uitgangspunten gehanteerd. Enerzijds is er het discriminatiemodel dat oplegt dat grensoverschrijdende werknemers dezelfde loon- en arbeidsvoorwaarden moeten hebben als de werknemers van het land waar het werk wordt uitgevoerd, zo niet is er sprake van sociale dumping, of van wat Marc RIGAUX

³ Voor een indringende analyse van de tegenstelling tussen het ‘*regulatory neutrality paradigm*’ en het ‘*regulatory competition paradigm*’ zie A. SAYDÉ, “One Law, Two Competitions: An Enquiry into the Contradictions of Free Movement Law” in C. BARNARD and O. ODUDU (eds.), *Cambridge Yearbook of Legal Studies*, Vol. 13, 2010-2011, Oxford, Hart, 2012, 365-413.

“deloyale sociale concurrentie” noemt.⁴ Anderzijds is er het ‘markttoegang’-model dat het opleggen van het recht van het land van tewerkstelling aan grensoverschrijdende werknemers als een ongerechtvaardigde belemmering ziet van het recht op vrij verkeer van deze werknemers en hun werkgevers, dat leidt tot protectionisme van de eigen arbeidsmarkt.⁵ Uit de discussie in de afgelopen 20 jaar, zowel op het niveau van de regelgeving als op dat van de regeltoepassing door in het bijzonder het Hof van Justitie, blijkt dat beide hogervermelde visies een rol hebben gespeeld en blijven spelen. De Europese interne markt heeft op dit vlak een januskop die zowel deloyale sociale concurrentie als protectionisme wil vermijden, met wisselend succes.

II. HET VRIJE VERKEER VAN WERKNEMERS EN DE TERRITORIALE TOEPASSING VAN HET ARBEIDSRECHT

Bij het opstarten van de interne markt in de jaren 50 en 60 was het duidelijk dat de lidstaten op hun grondgebied op grensoverschrijdende werknemers hun eigen arbeidsrecht konden toepassen. Dat blijkt uit het oorspronkelijke artikel 48 EEG (thans art. 45 VWEU), dat onomwonden poneerde dat het verkeer van werknemers binnen de Unie de afschaffing inhoudt van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

Dit beginsel betekent dat migrerende werknemers in de lidstaat waar zij werken, recht hebben op dezelfde loon- en arbeidsvoorwaarden als deze die van toepassing zijn op de eigen onderdanen van de betrokken lidstaat. Dit verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is ook uitdrukkelijk opgenomen in artikel 7 Verordening 1612/68⁶ (thans vervangen door art. 7 Verord. 492/2011⁷) dat voor de toepassing van dit verbod verwijst naar het “grondgebied van ... lidstaten”. Artikel 7, vierde lid van deze verordeningen verklaart overigens elke bepaling van collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten die in strijd zou zijn met dit territoriaal toepasselijk verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, van rechtswege nietig.

⁴ M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale?*, o.c., 178-179.

⁵ Zie over deze twee conflicterende uitgangspunten onder meer N. COUNTOURIS en S. ENGBLOM, “Protection or Protectionism? A Legal Deconstruction of the Emerging False Dilemma in European Integration”, *European Labour Law Journal* 2015, 20-47.

⁶ Verord. (EEG) van de Raad nr. 1612/68, 25 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, *Pb.L.* 19 oktober 1968, afl. 257 (verder ‘Verordening 1612/68’ genoemd).

⁷ Verord. (EU) van het Europees Parlement en de Raad nr. 492/2011, 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, *Pb.L.* 27 mei 2011, afl. 141, 1 (hierna: Verordening 492/2011).

Deze vereiste van gelijke behandeling inzake loon- en arbeidsvoorwaarden met de werknemers in het werkland werd niet alleen ingegeven door de bezorgdheid voor de sociaalrechtelijke bescherming van migrerende werknemers, maar ook door de wil om de nationale werknemers in de lidstaten te beschermen tegen werknemers uit andere lidstaten die eventueel bereid zouden zijn te werken tegen lagere sociale voorwaarden.⁸ Het Hof van Justitie heeft deze eis van gelijke behandeling met de werknemers van het werkland overigens verbonden met artikel 117 EEG-verdrag (thans art. 152 VWEU) waarin de lidstaten de noodzaak erkennen om de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen. Zo stelt het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat het absolute karakter van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit aan de onderdanen van het werkland moet garanderen dat zij geen nadelige gevolgen zullen ondervinden van het eventueel aanbieden of aanvaarden door de onderdanen van andere lidstaten van minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan die in het nationale recht van het werkland gelden.⁹ Op die manier werd sociale concurrentie door migrerende werknemers vermeden.

III. DE TERRITORIALE TOEPASSING VAN HET ARBEIDSRECHT GELDT NIET VOOR GEDETACHEERDE WERKNEMERS

Later, in de jaren 90, bleek evenwel dat het Hof van Justitie van oordeel was dat een door een grensoverschrijdende dienstverlener gedetacheerde werknemer geen werknemer is in de zin van artikel 39 EEG-verdrag (thans art. 45 VWEU) en Verordening 1612/68 (thans Verord. 492/1011).^{10, 11} Dit lag in de lijn van eerdere rechtspraak waarbij het Hof van Justitie de situatie van de gedetacheerde

⁸ Zie het rapport-Spaak: COMITÉ INTERGOUVERNEMENTALE, *Rapport des Chefs de Délégations aux Ministres des Affaires Etrangères*, Brussel, 21 april 1956, 89. Hierin wordt uitdrukkelijk gesteld dat de invoering van het vrij verkeer van werknemers in geen geval mag leiden tot het onder druk zetten van het loonniveau van de lidstaten waar migrerende werknemers gaan werken. Zie tevens de analyse van N. COUNTOURIS en S. ENGBLOM, "Protection or Protectionism? A legal deconstruction of the emerging false dilemma in European integration", *l.c.*, 25-27.

⁹ HvJ 4 april 1974, 167/73, *Commissie/Frankrijk*, punt 45. Zie tevens S. EVJU, "Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast" in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009-2010, 153 en M. HOUWERZIJL, "Towards a more effective Posting Directive" in R. BLANPAIN (ed.), *Freedom of Services in the European Union, Bulletin of Comparative Labour Relations*, Den Haag, Kluwer, 2006, 181.

¹⁰ Zie uitdrukkelijk: HvJ 25 oktober 2001, C-49/98 e.v., *Finalarte*, punten 22-23. Zie hierover meer in H. VERSCHUEREN, "Toepasselijk arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties: overzicht en knelpunten van Europese rechtsregels en rechtspraak" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 6-11.

¹¹ Toch wordt er in de overwegingen bij deze verordeningen verwezen naar hun toepassing op grensoverschrijdende tewerkstelling in het kader van het vrije verkeer van diensten. Zie vierde overweging bij Verord. 1612/68 en de vijfde overweging bij Verord. 495/2011.

werknemers onder het Europees recht inzake het vrije verkeer van diensten had gebracht.¹² Deze uitsluiting van de toepassing van de verdragsbepaling inzake het vrije verkeer van werknemers op deze werknemers heeft onmiskenbaar principiële juridische gevolgen. De consequentie van dit standpunt is dat de vraag op welke arbeidsrechtelijke bescherming deze werknemers een beroep kunnen doen, enkel nog kan worden opgelost aan de hand van de beginselen die aan de grondslag liggen van het vrije verkeer van diensten, met name het recht van de werkgever van deze werknemers om zonder onderscheid naar nationaliteit en zonder enige andere belemmering met zijn eigen werknemers diensten te gaan leveren in een andere lidstaat. De toepassing van het arbeidsrecht van het ontvangstland kan in deze juridische context gezien worden als een belemmering op het vrije verkeer van diensten door de betrokken werkgever. Hij moet in beginsel de mogelijkheid hebben om het arbeidsrecht van het oorsprongsland te blijven toepassen op zijn werknemers. De eventuele toepassing van de arbeidsrechtelijke bescherming van het ontvangstland, moet dan, aangezien het een belemmering kan zijn op het vrije verkeer van diensten, gerechtvaardigd worden om reden van algemeen belang en evenredig met dit doel zijn (de zogenaamde *rule of reason*).¹³

Toch sloot het Hof van Justitie niet uit dat gedetacheerde werknemers zouden worden onderworpen aan een aantal bepalingen van het arbeidsrecht van de lidstaat waarnaar zij gedetacheerd werden, voor zover er een evenwicht bestaat tussen de uitoefening door de betrokken werkgevers van het recht op vrij verkeer van diensten en de arbeidsrechtelijke bescherming van de betrokken werknemers.¹⁴ Zo stelde het Hof dat de toepassing van het recht van het ontvangstland bovendien enkel kan wanneer blijkt dat de door die voorschriften verleende bescherming niet wordt geboden door identieke of wezenlijk vergelijkbare verplichtingen waaraan de onderneming reeds is onderworpen in de lidstaat waar zij is gevestigd.¹⁵

¹² Het Hof van Justitie had voor het eerst het Unierecht inzake het vrije verkeer van diensten van toepassing verklaard op gedetacheerde werknemers in HvJ 27 maart 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*. DEFOSSEZ noemt dit “*le péché originel de la Cour de justice*”: F. DEFOSSEZ, “Le dépassement de la question du dumping social: une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement”, *TSR* 2014, 101-102.

¹³ Zie o.m. HvJ 9 augustus 1994, C-43/93, *Vander Elst*, punt 14 e.v.; HvJ 28 maart 1996, C-272/94, *Guiot*, punt 10 e.v.; HvJ 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, *Arblade en Leloup*, punt 33 e.v.; HvJ 25 oktober 2001, C-49/98 e.v., *Finalarte*, punten 28 e.v.; HvJ 15 maart 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, punten 22 e.v.; HvJ 24 januari 2002, C-164/99, *Portugaia*, punten 16 e.v.; HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, *Wolff & Müller*, punt 31 e.v.; HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*, punt 37 en HvJ 19 juni 2008, zaak C-319/06, *Commissie/Luxemburg*, punten 42-43.

¹⁴ Zie onder meer HvJ 27 maart 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*; HvJ 9 augustus 1994, C-43/93, *Vander Elst*; HvJ 28 maart 1996, C-272/94, *Guiot*; HvJ 23 november 1993, C-369/96 en C-376/96, *Arblade en Leloup*; HvJ 15 maart 2001, C-165/98, *Mazzoleni*; HvJ 25 oktober 2001, C-49/98 e.v., *Finalarte* en HvJ 24 januari 2002, C-164/99, *Portugaia*.

¹⁵ Zie HvJ 21 oktober 2004, C-445/03, *Commissie/Luxemburg*, punt 29; HvJ 19 januari 2006, C-244/04, *Commissie/Duitsland*, punt 44 en HvJ 21 september 2006, C-168/04, *Commissie/Oostenrijk*, punt 47.

De uitgangspunten van deze rechtspraak liggen ten grondslag aan de zogenaamde detacheringsrichtlijn.¹⁶ Het was op de eerste plaats de bedoeling om het vrije verkeer van diensten te vergemakkelijken door de wetgeving van de lidstaten inzake het toepasselijk arbeidsrecht op gedetacheerde werknemers op elkaar af te stemmen. Deze richtlijn kan ook gezien worden als een instrument van IPR in die zin dat ze een verbijzondering is van artikel 7 Rome I-Verdrag¹⁷ en artikel 9 Rome I-Verordening¹⁸ op grond waarvan gevolgen kunnen worden toegekend aan dwingende bepalingen van het recht van een ander land dan dat waarvan het recht krachtens artikel 6 Rome I-Verdrag en artikel 8 Rome I-Verordening van toepassing is, namelijk het land van gewoonlijke tewerkstelling.¹⁹ Dat andere land kan met name het land zijn op het grondgebied waarvan de werknemer tijdelijk is tewerkgesteld. Dit land wordt door artikel 8, tweede lid van Rome I-verordening uitdrukkelijk niet als het land van gewoonlijke tewerkstelling gezien, waarvan het arbeidsrecht normaal gezien van toepassing is. De Detacheringrichtlijn gaat in feite om een harmonisering van wat voor gedetacheerde werknemers door de ontvangstlidstaat als “bijzonder dwingend recht” bij de toepassing van de IPR-regels kan worden beschouwd. Richtlijn 96/71 biedt in die zin een bijkomende bescherming aan de werknemer en versterkt de territoriale werkingssfeer van het arbeidsrecht van de ontvangststaat en de territoriale toepassing van het arbeidsrecht van de lidstaten.²⁰

¹⁶ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 96/71/EG, 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *Pb.L.* 21 januari 1997, afl. 18, 1 (hierna: ‘Richtlijn 96/71 Detacheringrichtlijn’).

¹⁷ Verdrag van Rome 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 9 oktober 1980, afl. 266, 1 (hierna: Rome I-Verdrag).

¹⁸ Verord. (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb.L.* 4 juli 2008, afl. 177, 1 (hierna: Rome I-Verordening). Deze verordening is van toepassing op arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn na 17 december 2009.

¹⁹ Zie tevens overweging 10 van Richtlijn 96/71. Ook de rechtsleer verwijst in het algemeen naar deze richtlijn als een bijzondere regel in de zin van art. 7 Rome I-Verdrag (thans art. 9 Rome I-Verordening): D. ASHIAGBOR, “Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration”, *European Law Journal* 2013, 313; S. EVJU, “Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast”, *l.c.*, 168-169; S. GUIBBONI, “Social rights and Market Freedoms in the European Constitution: A Re-Appraisal” *European Labour Law Journal*, 2010, 174; M. HOUWERZIJL, *De detacheringrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van richtlijn 96/71/EG*, Deventer, Kluwer, 2005, 161; M. FALLON, “Le détachement européen des travailleurs à la croisée de deux logiques conflictualistes”, *Rev. crit. DIP* 2008, 802-803 en V. VAN DEN EECKHOUT, “Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen vertrekken vanuit Rome (I). Mogelijkheden tot opheldering van ipr-onduidelijkheden bij internationale detachering”, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2009, afl. 2, 4. Zie in dezelfde zin de conclusie van 18 september 2014 van Adv. Gen. WAHL in de zaak C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, punten 47-57. Zie tevens over de band tussen de Detacheringrichtlijn en het IPR: A. VAN HOEK en M. HOUWERZIJL, “‘Posting’ and ‘Posted Workers’: The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of the Posting of Workers Directive”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2012-2013, 437-443.

²⁰ S. DEAKIN, “Regulatory Competition after *Laval*”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007-2008, 594.

De Detacheringsrichtlijn legt niet de toepassing van het gehele arbeidsrecht van de ontvangststaat op, maar enkel van die bepalingen die de kern uitmaken van dwingende bepalingen voor minimale bescherming (de zogenaamde ‘harde kern’). Het gaat met name om (zie art. 3, eerste lid): maximale werk- en minimale rustperiodes, minimumaantal betaalde vakantiedagen, minimumlonen, voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, in het bijzonder door uitzendbureaus; gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk, beschermende maatregelen voor bijzondere groepen werknemers (zwangere vrouwen, jongeren), bepalingen inzake gelijke behandeling en non-discriminatie. Door de richtlijn wordt deze harde kern van regels Unierechtelijk vastgelegd en de lidstaten worden verplicht om deze harde kern op gedetacheerde werknemers toe te passen.²¹

De doelstellingen van dit coördinatie-instrument zijn meervoudig, en volgens sommigen zelfs tegenstrijdig.²² Op de eerste plaats wil de richtlijn het vrije verkeer van diensten binnen de EU bevorderen door te reguleren welk arbeidsrecht toepasselijk is op de werknemers van de grensoverschrijdende dienstverlener. Maar tegelijk wil het een instrument zijn in het voorkomen van sociale dumping en oneerlijke concurrentie.²³ Het is een compromis tussen de strijdende belangen van de lidstaten die buitenlandse werknemers uitzenden en de lidstaten die ze ontvangen.²⁴ De twee betrokken doelstellingen werden door het Hof van Justitie expliciet erkend.²⁵

Maar uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt wel dat de bewegingsruimte van de ontvangstlidstaten om eventueel bijkomende onderdelen van hun arbeidsrecht op gedetacheerde werknemers toe te passen, erg beperkt is. Met betrekking tot de bepaling in artikel 3, zevende lid stelde het Hof in *Laval* uitdrukkelijk dat deze niet zo kan worden uitgelegd dat het de ontvangstlidstaat toestaat om de verrichting van diensten op zijn grondgebied afhankelijk te stellen van de inachtneming van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die verder gaan dan de dwingende bepalingen voor minimale bescherming. Het beschermingsniveau dat moet worden gegarandeerd voor op het grondgebied van de ontvangstlidstaat

²¹ HvJ 18 juli 2007, C-490/04, *Commissie/Duitsland*, punt 17.

²² Zie voor een recente analyse van deze tegenstelling de conclusie van 18 september 2014 van Adv. Gen. WAHL in de zaak C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, punten 26-32.

²³ Zie hierover F. DEFOSSEZ, “Le dépassement de la question du dumping social: une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement”, *l.c.*, 105-113 die wijst op de dubbele afwijking die de richtlijn voorziet van enerzijds het ‘oorsprongslanbeginsel’ in het internemarktrecht en anderzijds het beginsel van “gewone werkland” in het IPR. Zie tevens O. DE SCHUTTER, “Transborder provision of services and ‘social dumping’: rights-based mutual trust in the establishment of the Internal Market” in I. LIANOS and O. OKEOGHENE (eds.), *Regulating trade in services in the EU and the WTO*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 354-355.

²⁴ Concl. Adv. Gen. WAHL in de zaak C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, punt 30.

²⁵ HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, *Wolff & Müller*, punt 42; HvJ 19 januari 2006, C-244/04, *Commissie/Duitsland*, punt 61 en HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, punten 74-75. Zie tevens de vijfde overweging bij Richtlijn 96/71.

gedetacheerde werknemers, is in beginsel beperkt tot de ‘harde kern’-bepalingen, tenzij krachtens de in de lidstaat van herkomst geldende wet of collectieve arbeidsovereenkomst voor deze werknemers reeds gunstiger arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden gelden met betrekking tot deze aangelegenheden.²⁶

Daarnaast laat artikel 3, tiende lid Detacheringsrichtlijn wel toe dat de lidstaten de harde kern uitbreiden “voor zover het gaat om bepalingen van openbare orde”. Het gaat hierbij dus om arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die niet behoren tot de lijst opgenomen in artikel 3, eerste lid. In zijn arrest *Commissie v. Luxemburg* heeft het Hof van Justitie evenwel een strikte interpretatie gegeven aan deze bepalingen. Voor het Hof is de exceptie van openbare orde een afwijking van het fundamentele beginsel van het vrij verrichten van diensten, die strikt moet worden opgevat en waarvan de draagwijdte niet eenzijdig door de lidstaten kan worden bepaald. Voor het Hof kan op de openbare orde slechts een beroep worden gedaan in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving.²⁷ Deze invulling van de notie “openbare orde” betekent opnieuw een ernstige inperking van de mogelijkheid die de lidstaten hebben om op grond van deze bepaling de toepassing van andere onderdelen van hun arbeidsrecht op gedetacheerde werknemers op te leggen.²⁸

In *Rüffert* heeft het Hof bovendien nog verduidelijkt dat de lidstaten, buiten het beroep op de openbare orde, niet de mogelijkheid hebben, om op een andere wijze het vermijden van sociale dumping en het verzekeren van eerlijke concurrentie te garanderen dan via de strikt te interpreteren mogelijkheden die de Detacheringsrichtlijn hiertoe biedt. Zo stelt het Hof uitdrukkelijk dat het opleggen van minimumlonen die enkel gelden voor de uitvoering van overheidsopdrachten en niet voor andere werknemers in het kader van private opdrachten in dezelfde sector en regio, niet als een maatregel ter bescherming van werknemers kan worden beschouwd die eventueel een belemmering op het vrij verrichten van diensten zou kunnen rechtvaardigen.²⁹ De lidstaten kunnen dus aan de werkgever van de gedetacheerde werknemer enkel opleggen om de in de ontvangstlidstaat geldende minimumlonen te betalen die zijn vastgesteld op de wijze die door Richtlijn 96/71 wordt aangegeven. Zo niet, is er strijdigheid met artikel 56 VWEU. In deze visie van het Hof is de strikte toepassing van Richtlijn 96/71 en de mogelijkheden die

²⁶ HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, punten 80-81 en HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*, punten 33-34. Het Hof voorziet ook in de mogelijkheid dat in andere lidstaten gevestigde ondernemingen zich in de lidstaat van ontvangst vrijwillig – onder meer in het kader van een toezegging aan hun eigen gedetacheerd personeel – aansluiten bij een eventueel gunstigere collectieve arbeidsovereenkomst.

²⁷ HvJ 19 juni 2008, C-319/06, *Commissie/Luxemburg*, punten 29, 30, 49 en 50.

²⁸ Zie hierover onder meer F. DEFOSSEZ, “Le dépassement de la question du dumping social: une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement”, *l.c.*, 119-122 en A. VAN REGENMORTEL, “Openbare orde en dwingend recht: de Europese en de Belgische invulling” in H. VERSCHUEREN en M. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 142-147.

²⁹ HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*, punten 38-40. Voor een verdere analyse van dit arrest zie: H. VERSCHUEREN, noot onder HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*, *SEW* 2008, 455-459.

ze biedt, voldoende om sociale dumping te vermijden. Zeer recent heeft het Hof dit standpunt nog bevestigd in een arrest van 19 september 2014.³⁰ Door deze rechtspraak is de Detacheringsrichtlijn in feite de maximale bescherming geworden waarop gedetacheerde werknemers een beroep kunnen doen.³¹ De loonconcurrentie die daardoor kan ontstaan tussen de gedetacheerde werknemers en de plaatselijke werknemers van het ontvangstland blijkt voor het Hof van Justitie een 'eerlijke' vorm van concurrentie te zijn.³²

Een bijkomend zwak punt van deze richtlijn is de controle op de naleving ervan. Na meer dan 15 jaar toepassing van deze richtlijn blijken er zich in de praktijk heel wat problemen te hebben voorgedaan. Hierbij gaat het onder meer om detachering via postbusbedrijven, valse detacheringsverklaringen, langdurige detacheringen, het herhaaldelijk vervangen van de gedetacheerde werknemers, het niet betalen van socialezekerheidsbijdragen van het uitzendende land, het niet betalen van de minimumlonen van het ontvangstland, het niet respecteren van rust- en werktijden en van de voorschriften inzake welzijn op het werk, het niet vergoeden van de kosten van detachering zoals verblijfskosten, slechte huisvesting van betrokken werknemers, piramides van onderaannemers die controle moeilijk maken, U-bochtconstructies via schijnvennootschappen, schijnzelfstandigen, schijnvennoten, ...³³ Dergelijke praktijken zijn voor sommige ondernemingen hun 'corebusiness' geworden om zo het loonniveau en de arbeidsrechtelijke

³⁰ HvJ 18 september 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, punt 32.

³¹ Zie in dezelfde zin A.A.H. VAN HOEK en M.S. HOUWERZIJL, "Loonconcurrentie als motor van de interne markt. Een tweeluik – Deel 2: De arresten *Laval*, *Rüffert* en *Commissie/Luxemburg*, interpretatie van de Detacheringsrichtlijn", *NTER* 2008, 346 en C. KILPATRICK, "Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers", *European Law Review* 2009, 844-865.

³² A.A.H. VAN HOEK en M.S. HOUWERZIJL, "Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten *Viking*, *Laval* en *Rüffert*, verdragsaspecten", *NTER* 2008, 201. DEFOSSEZ ziet deze strikte interpretatie van het Hof als een antwoord op de, als protectionistisch beschouwde, argumenten van de lidstaten die een brede interpretatie voorstonden van de mogelijkheden tot ruimere toepassing van het arbeidsrecht van de ontvangstlidstaten door de richtlijn: F. DEFOSSEZ, "Le dépassement de la question du dumping social: une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement", *l.c.*, 117.

³³ Voor een recent onderzoek over deze fenomenen zie onder meer N. OUALI, *Regulation and Enforcement of Posted Workers Employment Rights (POSTER)*, *Belgian Case Study Final Report*, 2012 en N. CLARK, *Regulation and Enforcement of Posted Workers Employment (POSTER)*, *Final report*, 2012, beide te raadplegen op www.workinglives.org/research-themes/migrant-workers/posted-workers.cfm. Zie tevens A. VAN HOEK en M. HOUWERZIJL, *Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, Radboud Universiteit Nijmegen, maart 2011, 363 p. en A. VAN HOEK en M. HOUWERZIJL, *Complementary study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, Universiteit van Amsterdam, november 2011, 423 p., beide studies te raadplegen op <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=en>. Zie vroeger reeds: Y. JORENS, "Detachering in de Belgische praktijk: een overzicht van enkele toepassingsproblemen en het individuele arbeidsrecht" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 345-406 en H. VERSCHUEREN, "Sociale zekerheid en detachering binnen de Europese Unie. De zaak Herbosch Kiere: een gemiste kans in de strijd tegen grensoverschrijdende sociale dumping en sociale fraude", *BTSZ* 2006, 424-427 en de aldaar geciteerde literatuur.

bescherming die gelden voor in een lidstaat gevestigde onderneming en zijn werknemers, te omzeilen of meer nog te ondermijnen.³⁴ Overigens blijkt het in de praktijk voor gedetacheerde werknemers vaak moeilijk om de rechten die zij hebben, ook effectief af te dwingen.³⁵

Daarnaast blijkt dat ook deze controlemaatregelen onderworpen zijn aan de toets met het Europese internemarktrecht. Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak wel benadrukt dat de lidstaat wiens loon- en arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn, de toepassing van deze voorschriften met passende middelen kan afdwingen.³⁶ Zo erkende het Hof in *Wolff & Müller* dat het Duitse stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor het betalen van de minimumlonen aan de werknemers van zijn onderaannemers zulk een door artikel 5 Richtlijn 96/71 toegelaten maatregel is die de effectieve toepassing van de bepalingen van deze richtlijn kan verzekeren.³⁷ Ook een voorafgaande aanmelding van de tewerkstelling van gedetacheerde werknemers werd door het Hof als een aanvaardbare controlemaatregel gezien.³⁸

Controlemaatregelen in de ontvangende lidstaat kunnen evenwel op juridische grenzen botsen. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn deze controlemaatregelen ook onderworpen aan een eventuele toets volgens de *rule of reason*. Dit betekent dat zij eventueel als een belemmering op het vrije verkeer van diensten kunnen worden beschouwd en dat zij in dat geval gerechtvaardigd dienen te worden door een dwingende reden van algemeen belang en enkel aanvaardbaar zijn indien ze in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel zoals het geïnterpreteerd wordt in de context van het vrije verkeer van diensten.³⁹ De lidstaten kunnen dus niet zomaar vrij controlemaatregelen uitwerken en/of toepassen.

Wel heeft het Hof van Justitie meer recent uitdrukkelijk bevestigd dat de doelstelling van bestrijding van sociale fraude, en van voorkoming van misbruik, met name schijnzelfstandigheid en zwartwerk, doelstellingen zijn die kunnen worden ingeroepen om eventuele beperkingen op het vrije verkeer van diensten

³⁴ N. COUNTOURIS and S. ENGBLOM, "Civilising the European Posted Workers Directive" in M. FREEDLAND and J. PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, Hart, 2014, 282-286.

³⁵ Zie onder meer C. BARNARD, "Enforcement of Employment Rights by Migrant Workers in the UK" in C. COSTELLO en M. FREEDLAND (eds.), *Migrants at Work*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 193-215.

³⁶ HvJ 3 februari 1982, 62-63/81, *Seco*, punt 14; HvJ 27 maart 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, punt 18; HvJ 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, *Arblade en Leloup*, punten 38, 61-63 en 74; HvJ 21 september 2006, C-168/04, *Commissie/Oostenrijk*, punt 47 en HvJ 19 januari 2006, C-244/04, *Commissie/Duitsland*, punt 36.

³⁷ HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, *Wolff & Müller*.

³⁸ Deze mogelijkheid werd door het Hof van Justitie uitdrukkelijk erkend in HvJ 19 januari 2006, C-244/04, *Commissie/Duitsland*, punt 41.

³⁹ Zie uitdrukkelijk HvJ 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, *Arblade en Leloup*, punt 36 i.v.m. de toenmalige verplichting in de Belgische wetgeving over het bijhouden van documenten. Zie tevens HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, *Wolff & Müller*, punten 28-30; HvJ 21 oktober 2004, C-445/03, *Commissie/Luxemburg*, punt 40 en HvJ 19 januari 2006, C-244/04, *Commissie/Duitsland*, punt 36.

te rechtvaardigen. Het Hof verwees hierbij eveneens naar de doelstelling van de vrijwaring van het financiële evenwicht van de socialezekerheidsstelsels, de doelstellingen van voorkoming van oneerlijke concurrentie en sociale dumping, en de doelstelling van bescherming van de werknemers en zelfstandigen.⁴⁰

Als gevolg van deze rechtspraak van het Hof van Justitie in een context van toenemend gebruik, en volgens sommigen misbruik, van de detacheringsconstructies, werd de vraag naar meer dwingende Europese regels inzake de handhaving van de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn steeds luider. In deze context werd op 15 mei 2014 een richtlijn goedgekeurd die een betere en effectievere controle op de handhaving van de Detacheringsrichtlijn mogelijk moet maken.⁴¹ Zo worden in deze nieuwe richtlijn bepalingen opgenomen die misbruik en omzeiling via postbusbedrijven of langdurige detacheringen moeten tegengaan. Tevens wordt aangegeven welke controlemiddelen de lidstaten mogen aanwenden en welke sanctie zij kunnen toepassen (waaronder de invoering van de hoofdelijke aansprakelijkheid).⁴² We moeten nu afwachten of deze richtlijn inderdaad kan zorgen voor op zijn minst een betere toepassing van wat de Detacheringsrichtlijn aan bescherming voor de grensoverschrijdende werknemer biedt.

IV. DELOYALE SOCIALE CONCURRENTIE OF PROTECTIONISME?

Uit voorgaande analyse volgt dat het arbeidsrechtelijk statuut van gedetacheerde werknemers krachtens het Unierecht zich op het snijpunt bevindt van toepasselijke rechtsregels en van economische belangen.

Wat de rechtsregels betreft, gaat het om de territoriale toepassing van het arbeidsrecht en het beginsel van gelijke behandeling voor alle arbeid verricht op het grondgebied van een lidstaat enerzijds, en het ‘oorsprongslandbeginsel’ kenmerkend voor het vrije verkeer van diensten anderzijds. Beide worden gewaarborgd door het Unierecht. Het eerste uitgangspunt wil niet alleen de grensoverschrijdende werknemer beschermen door hem het recht op gelijke

⁴⁰ HvJ 7 oktober 2010, C-515/07, *Santos Palhota*, punten 51-54; HvJ 19 december 2012, C-577/10, *Commissie/België*, punt 45 en HvJ 3 december 2014, *De Clercq*, C-315/13, punten 65 en 71.

⁴¹ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 2014/67/EU, 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt (“de IMI-Verordening”), *Pb.L.* 28 mei 2014, afl. 159, 11.

⁴² Zie meer over de richtlijn onder meer A. DEFOSSEZ, “La directive 2014/67/UE relative à l’exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs: un premier pas dans une bonne direction”, *Revue trimestrielle droit européen* 2014, 833-847; M. MORSA, “Le détachement des travailleurs ou le difficile équilibre entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux”, *JTT* 2014, 182-193 en H. VERSCHUEREN, “Antimismisbruikbepalingen bij detachering en het Europees Unierecht”, *JTT* 2014, 297-299.

behandeling te garanderen met de andere werknemers in het werkland, maar wil deze laatsten ook beschermen tegen sociale concurrentie door migrerende werknemers. Het tweede uitgangspunt wil de grensoverschrijdende dienstverlener beschermen tegen ongerechtvaardigde belemmeringen op het vrije verkeer van diensten die zouden worden opgeworpen indien het land waar betrokkene tijdelijk zijn dienst verleent zijn eigen rechtsregels op hem zou willen toepassen. SAYDÉ noemt dit de “*trade-off between regulatory neutrality and regulatory competition [which] accounts for fundamental ambiguity of internal market law towards social dumping*”.⁴³

De Detacheringsrichtlijn en de strikte interpretatie van het Hof van Justitie van de mogelijkheden die de ontvangstlidstaten hebben om boven op de bescherming die deze richtlijn biedt nog bijkomende bescherming te verlenen aan de gedetacheerde werknemer, legt een juridisch precair evenwicht vast tussen deze twee uitgangspunten.⁴⁴ Deze precariteit wordt nog versterkt door de kritische houding van het Hof van Justitie op de controlemaatregelen die de ontvangstlidstaten hanteren om de juiste toepassing van de betrokken rechtsregels te doen naleven.

Het is duidelijk dat het Hof van Justitie door elke afwijking die de Detacheringsrichtlijn toestaat op het oorsprongslandbeginsel strikt te interpreteren, impliciet voorrang verleent aan de belangen van hen die gebruikmaken van het vrije verkeer van diensten.⁴⁵ Hierdoor heeft het Hof de weg vrijgemaakt voor het gebruik van een competitief voordeel dat wordt geboden door de mogelijkheid om werken en diensten uit te voeren in een lidstaat aan arbeidsvoorwaarden die in een andere (lees goedkopere) lidstaat gelden, met uitzondering van de zogenaamde ‘harde kern’-bepalingen. Dit werd recent door de Europese Commissie zelf erkend door te stellen dat “*posting workers allows companies to exploit their competitive advantages across borders*”.⁴⁶

Voor sommigen heeft de rechtspraak van het Hof de delicate balans tussen de verschillende doelstellingen verstoord.⁴⁷ Het Hof heeft door deze rechtspraak een sociale interpretatie van de richtlijn doen overhellen naar een marktgerichte interpretatie, volgens sommigen in strijd met de bedoeling en de letter van de bepalingen ervan.⁴⁸ Deze rechtspraak lijkt inderdaad in te gaan tegen wat de

⁴³ A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and the Regulation of the Internal Market*, Oxford, Hart, 2014, 309.

⁴⁴ M. FALLON, “Le détachement européen des travailleurs à la croisée de deux logiques conflictualistes”, *Rev. crit. DIP* 2008, 811-812 en 817-818.

⁴⁵ Zie in dezelfde zin C. BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 226-227; S. DEAKIN, “Regulatory Competition after *Laval*”, *l.c.*, 596-597 en S. EVJU, “Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast”, *l.c.*, 154.

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Employment and Social Developments in Europe 2014*, december 2014, 154.

⁴⁷ N. COUNTOURIS and S. ENGBLOM, “Civilising the European Posted Workers Directive”, *l.c.*, 282.

⁴⁸ Concl. Adv. Gen. WAHL van 18 september 2014 in de zaak C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, punt 32. Zie in dezelfde zin N. COUNTOURIS en S. ENGBLOM, “Protection or Protectionism? A Legal Deconstruction of the Emerging False Dilemma in European Integration”, *l.c.*, 36-38.

opstellers van de richtlijn in 1996 bedoeld hebben. Die zouden via de bepalingen van artikel 3, zevende en tiende lid meer beleidsvrijheid aan de ontvangstlidstaten hebben willen bieden.⁴⁹ In ieder geval wordt hierdoor de normconcurrentie inzake de loon- en werknemersbescherming tussen de lidstaten geïmporteerd binnen de grenzen van eenzelfde lidstaat.⁵⁰ Bovendien zet deze rechtspraak het beginsel van territoriale toepassing van het arbeidsrecht van lidstaten opzij dat sinds het EEG-Verdrag van 1957 is vastgelegd in de instrumenten met betrekking tot het vrije verkeer van werknemers, en laat bijgevolg het gebruik van het competitieve voordeel van ondernemingen die gevestigd zijn in lidstaten met lage loonvoorwaarden toe.⁵¹ Sommigen wijzen op het gevaar dat de mogelijkheden van de interne markt, en meer bepaald het inzetten van grensoverschrijdende werknemers, doelbewust worden gebruikt op het loonniveau en niveau van arbeidsbescherming in de lidstaten onder druk te zetten.⁵² Dit bevestigt de analyse van Marc RIGAUX, die in deze context verwijst naar de door de interne markt georganiseerde sociale concurrentie.⁵³

Anderen zien de Detacheringsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie dan weer als een instrument tegen protectionisme vanwege de ontvangstlidstaten. Het (geheel of gedeeltelijk) willen toepassen van de eigen loon- en arbeidsbescherming op gedetacheerde werknemers zou volgens hen geïnspireerd zijn door protectionistische motieven, meer bepaald om de eigen ondernemingen af te schermen van concurrentie binnen de Europese interne markt die zou uitgaan van ondernemingen uit andere lidstaten.⁵⁴ In deze context wordt de

⁴⁹ Zie D. ASHIAGBOR, "Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration", *l.c.*, 314; M. BIAGI, "Fortune smiles on the Italian EU Presidency: talking half-seriously about the posted workers and parental leave directives", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 1996, 104; M. BIAGI, "The 'posted workers' EU directive: from social dumping to social protectionism" in R. BLANPAIN (ed.), *Labour Law and Industrial Relations. Bulletin of Comparative Labour Relations*, Den Haag, Kluwer, 1997, 177-178; O. DE SCHUTTER, "Transborder provision of services and 'social dumping': rights-based mutual trust in the establishment of the Internal Market", *l.c.*, 354-355 en 371-372 en C. KILPATRICK, "Internal market architecture and the accommodation of labour rights" in PH. SYRPIS (ed.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 212-213 en 222-223.

⁵⁰ S. DEAKIN, "Regulatory Competition after *Laval*", *l.c.*, 597.

⁵¹ S. GUIBBONI, "European citizenship, labour law and social rights in times of crisis", *European Journal of Social Law* 2013, 203-204.

⁵² G. MENZ, "Employers and Migrant Legality. Liberalization of Service provision, Transnational Posting, and the Bifurcation of the European Labour Market" in C. COSTELLO en M. FREEDLAND (eds.), *Migrants at Work*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 44-59.

⁵³ M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, o.c., 138-140.

⁵⁴ Zie onder meer R. GIESEN, "Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?", *Common Market Law Review* 2003, 145-147 en 156-158; D. KUKOVEC, "Law and the Periphery", *European Law Journal* 2015 (te verschijnen) en D. KOCHENOV, "Growing Apart Together: Solidarity and Citizenship in Europe" in F. PENNINGS and G. VONK (eds.), *Research Handbook on European Social Security Law*, Cheltenham, Elgar, 2015 (te verschijnen). Zie ook de stellingen ingenomen door een aantal lidstaten die zijn tussenbeide gekomen in de zaken bij het Hof van Justitie zoals die blijken uit de conclusies van de advocaten-generaal in

toepassing van het arbeidsrecht van het gastland op (potentieel) gedetacheerde werknemers uit een andere lidstaat niet steeds gezien in het belang van de gedetacheerde werknemers zelf. Het zou ook kunnen dat door de toepassing van het arbeidsrecht van het ontvangstland de detachering voor de opdrachtgever in dat land niet meer interessant is, waardoor de detachering niet doorgaat en de betrokken werknemers hun werk dreigen te verliezen. Vanuit dit standpunt wordt loonconcurrentie dan niet gezien als een concurrentievervalsing, maar als een normale vorm van concurrentie binnen de Europese interne markt en als een natuurlijk element in de werking ervan.⁵⁵ De Detacheringsrichtlijn zou dan een onaanvaardbaar protectionistisch karakter hebben en daardoor ook vanuit sociaal oogpunt problematisch zijn omdat het werknemers uit 'goedkopere' lidstaten zou verhinderen om de lagere loonkost als een competitief voordeel in de Europese interne markt aan te wenden.⁵⁶ De sociale doelstelling zou enkel als een excuus voor protectionisme worden gebruikt.⁵⁷

Deze tegenstellingen kwamen ook naar voren bij de totstandkoming van de Detacheringsrichtlijn in de jaren 90 en zeer recent nog in de discussies in de Raad van Ministers over het voorstel van de Handhavingsrichtlijn. Hierin werd duidelijk dat traditioneel uitzendende staten, met name staten met hoge werkloosheid en lage sociale bescherming, zo veel als mogelijk hun ondernemingen met hun werknemers de kans willen bieden om gebruik te maken van het concurrentiële voordeel van hun lage lonen op de Europese interne markt via het grensoverschrijdende detacheren van werknemers. Deze tegenstellingen zijn overigens ook aanwezig op het mondiale niveau, zoals onder meer bleek uit recente onderhandelingen binnen de Wereldhandelsorganisatie over het vrijmaken van de internationale handel.⁵⁸

Ondertussen gaan er wel meer en meer stemmen op om de rechtspositie van de gedetacheerde werknemer af te stemmen op die van de andere categorie van grensoverschrijdende werknemers, namelijk zij die een beroep kunnen doen op het Unierecht inzake het vrije verkeer van werknemers en zijn verbod van disci-

zaak C-49/98, *Finalarte*, punten 32-33; zaak C-164/00, *Portugaia*, punt 15 en zaak C-445/03, *Commissie/Luxemburg*, punt 51. Ook in de zaken *Laval* en *Viking* bleek dat de nieuwe lidstaten waarvan loonniveau lager ligt dan dat van de zogenaamde oude lidstaten, tegenover elkaar stonden. Zie hierover eveneens B. BERCUSSON, "The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day", *European Law Journal* 2007, 279 e.v.; M. BIAGI, "Fortune smiles on the Italian EU Presidency: talking half-seriously about the posted workers and parental leave directives", *l.c.*, 97-109; F. DEFOSSEZ, "Le dépassement de la question du dumping social: une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement", *l.c.*, 99 en S. EVJU, "Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast", *l.c.*, 165-174.

⁵⁵ A. SAYDÉ, *Abuse of EU Law and the Regulation of the Internal Market*, Oxford, Hart, 2014, 314.

⁵⁶ F. MUSTILI and J. PELKMANS, *Access Barriers to Services Markets. Mapping, tracing, understanding and measuring*, CEPS Special Report No. 77/2013, Brussel, 2013, 51.

⁵⁷ C. SEMMELMANN, "The European Union's economic constitution under the Lisbon Treaty: soul-searching among lawyers shifts the focus to procedure", *European Law Review* 2010, 535.

⁵⁸ F. DEFOSSEZ, "Le dépassement de la question du dumping social: une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement", *l.c.*, 99.

minatie op grond van nationaliteit met betrekking tot de loon- en arbeidsvoorwaarden die gelden in het land van effectieve tewerkstelling.

Zo is een recente uitspraak van het Europees Comité voor de Sociale Rechten erg opvallend. Naar aanleiding van een collectieve klacht tegen Zweden was dit Comité in een beslissing van 3 juli 2013 zeer kritisch ten overstaan van de beperkingen die de Detacheringsrichtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie opleggen inzake de toepassing van het Zweedse arbeidsrecht op naar Zweden gedetacheerde werknemers.⁵⁹ De klacht was formeel gericht tegen de Zweedse wetgeving die de rechtspraak van het Hof van Justitie, in het bijzonder in de hogervermelde zaken *Laval*, *Rüffert* en *Commissie t. Luxemburg* (C-319/06), had omgezet in nationaal recht. In het kader van deze bijdrage is vooral van belang dat het Comité van oordeel is dat deze Zweedse wetgeving in strijd is met artikel 19, § 4 van het Europees Sociaal Handvest, dat de staten oplegt om buitenlandse werknemers niet minder gunstig te behandelen dan de eigen werknemers met betrekking tot loon, arbeidsvoorwaarden en collectieve onderhandelingen. Het Comité erkent wel dat gedetacheerde werknemers zich in een bijzondere situatie bevinden en dat zij verschillen van migrerende werknemers die op eigen initiatief in een andere lidstaat voor een werkgever aldaar gaan werken. Maar voor het Comité zijn gedetacheerde werknemers, werknemers die wettig op het grondgebied van het gastland verblijven en werken. Daarom vallen zij volgens het Comité binnen de toepassing van het verbod van discriminatie van artikel 19, § 4 van het Sociaal Handvest. Zij hebben dus het recht om gedurende hun verblijf en tewerkstelling in het gastland gelijk behandeld te worden met de nationale werknemers van dat land inzake loon- en andere arbeidsvoorwaarden.⁶⁰ Bovendien is het Comité van oordeel dat de beperkingen op het voeren van collectieve acties, die krachtens de Zweedse wetgeving enkel zijn toegelaten indien zij als doel hebben om een minimumbescherming voor de gedetacheerde werknemers te garanderen en niet wanneer zij tot doel hebben om effectief dezelfde arbeidsrechtelijke bescherming dan de eigen nationale werknemers te bekomen, in strijd zijn met artikel 19, § 4, b en artikel 6 (recht op collectief onderhandelen en op collectieve actie) van het Europees Sociaal Handvest.

In deze beslissing steekt het Comité zijn kritiek op de EU-rechtsorde niet onder stoelen of banken. Zo erkent het wel dat het vergemakkelijken van grensoverschrijdende dienstverlening door de detacherende werkgever een belangrijk onderdeel is van de voor het Comité waardevolle economische vrijheden van de EU. Maar vanuit het oogpunt van de waarden, beginselen en grondrechten die

⁵⁹ Europees Comité voor de Sociale Rechten, Beslissing 3 juli 2013, klacht nr. 85/2012, *Swedish Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*, terug te vinden op: www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter. Zie over deze beslissing eveneens M. Rocca, "A clash of kings. The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers", *European Journal of Social Law* 2014, 217-232.

⁶⁰ Zie punten 134, 136, 140 en 141 van de Beslissing.

in het Europees Sociaal Handvest zijn vastgelegd kunnen deze marktvrijheden niet *a priori* een grotere waarde hebben dan deze grondrechten. Voor het Comité moet het Unierecht dan ook zo geïnterpreteerd en toegepast worden dat het onder meer het fundamenteel recht op gelijke behandeling en het grondrecht van de vakbonden om te streven naar de bescherming en verbetering van de leef- en werkomstandigheden van de werknemers, worden erkend.⁶¹

De uitspraak van het ESH gaat er dus van uit dat de gedetacheerde werknemers deel uitmaken, weliswaar kortstondig, van de arbeidsmarkt van de ontvangstlidstaat: zij doen het werk op het grondgebied van deze lidstaat en de vergelijking zou dan ook moeten gemaakt worden met andere werknemers die actief zijn in deze lidstaat. De toepassing van de loon- en arbeidsrechtelijke bescherming van deze laatste lidstaat zou niet alleen hun een gelijke behandeling garanderen met de andere werknemers op deze nationale arbeidsmarkt, maar zou ook betekenen dat werkgevers die normaal actief zijn op deze arbeidsmarkt niet worden geconfronteerd met concurrenten die gebruik maken van gedetacheerde werknemers en die hun concurrentiële voordeel hoofdzakelijk halen uit het loonvoordeel dat de Europese interne markt biedt.⁶² Zulk een gelijke behandeling zou overigens in lijn zijn met wat in het rapport Spaak in 1956 stond over loonconcurrentie op de Europese interne markt, met name: *“si, d’une part, toute discrimination est effectivement interdite entre travailleurs nationaux et travailleurs immigrés, et si, par ailleurs, soit par une législation d’Etat, soit par l’action des syndicats, toute baisse de salaire et en principe exclue, les employeurs n’auraient aucune incitation à faire appel à plus de main-d’œuvre qu’ils n’en auraient effectivement besoin pour remplir les postes disponibles. De ce fait, toute pression sur les niveau de rémunération est évitée et le marché de la main-d’œuvre rend à s’équilibrer de lui-même”*.

Het toelaten van loonconcurrentie binnen het grondgebied van een lidstaat gaat dus in tegen deze oorspronkelijke logica van de Europese integratie. Het riskeert tevens de legitimiteit van de Europese constructie onder druk te zetten.⁶³ In dezelfde zin pleiten onder meer JOERGES en RÖDL voor meer respect binnen de Europese rechtsorde voor de sociale ordening van de lidstaten en voor de mogelijkheden die deze lidstaten hebben om hun sociaal stelsel in de brede betekenis van het woord te handhaven. Zij wijzen erop dat het sociaal recht bij het opstarten van de Europese integratie bewust onttrokken werd aan de juridische uitbouw van de interne markt en overgelaten werd aan het nationale beleidsniveau. Dat laatste bleef verantwoordelijk voor het sociaal beleid en de uitbouw van het sociaal recht. Deze ‘taakverdeling’ erkende ook het politieke karakter van het sociaal recht als beschermingsrecht, als recht, zou Marc RIGAUX zeggen, dat correcties moet uitvoeren op de sociale concurrentie op de vrije arbeidsmarkt. Deze

⁶¹ Zie punten 121 en 122 van de Beslissing.

⁶² Zie in dezelfde zin N. COUNTOURIS en S. ENGBLOM, “‘Protection or Protectionism?’ A Legal Deconstruction of the Emerging False Dilemma in European Integration”, *l.c.*, 41-44.

⁶³ C. BARNARD, “Enforcement of Employment Rights by Migrant Workers in the UK”, *l.c.*, 194 en 215.

taakverdeling werd door de rechtspraak van het Hof van Justitie onvoldoende gerespecteerd. Dit heeft er onder meer toe geleid dat belangrijke aspecten van de corrigerende functie van het arbeidsrecht niet meer het voorwerp zijn van politieke besluitvorming, maar van zuiver juridische afwegingen binnen het kader van het bestaande Unierecht. Deze auteurs pleiten dan ook voor het terugdringen van de invloed van het Europese internemarktrecht op het nationale arbeidsrecht en in het bijzonder de territoriale toepassing ervan. Het arbeidsrecht moet op de eerste plaats een verantwoordelijkheid en bevoegdheid van de lidstaten blijven.⁶⁴ Ook Marc RIGAUX heeft erop gewezen dat het arbeidsrecht zijn corrigerende functie op de sociale concurrentie maar kan vervullen binnen het kader van een staat, een burgerschap en een sociale tegenmacht. Deze hebben zich tot nu toe vooral binnen de lidstaten ontwikkeld. Op Europees vlak ontbreekt de nodige politieke structuur, inhoudelijk sterk burgerschap en sociale tegenmacht om dit waar te maken.⁶⁵ Deze mening wordt onder meer ook gedeeld door O. DE SCHUTTER, die in dit verband verwijst naar de stelling die WEDDERBURN reeds in 1973 had ingenomen dat het vrije verkeer van kapitaal en ondernemingen niet als tegengewicht het vrije verkeer van werknemers moet hebben, maar het recht op transnationale syndicale actie, en dus de mogelijkheid tot het vormen van een transnationale sociale tegenmacht. De arresten *Laval* en *Viking* hebben juist de vorming van zulke transnationale tegenmacht moeilijker gemaakt.⁶⁶

Dit betekent wel dat de Europese instellingen, waaronder het Hof van Justitie, bereid gevonden moeten worden om de invloed van de zogenaamde 'negatieve marktintegratie' op het nationale sociaal recht te beperken door de lidstaten een grotere beleidsruimte te bieden inzake de sociale wetgeving die zij willen toepassen.

Voor dat laatste zijn wellicht belangrijke signalen nodig van het politieke besluitvormingsniveau. Een belangrijk signaal zou het voorstel dat Marc RIGAUX herhaaldelijk heeft geformuleerd kunnen zijn, met name het wijzingen van de Europese verdragen om daarin uitdrukkelijk de sociale doelstellingen op gelijke voet te stellen met het economisch beleid. Hierbij zou voor hem het verbod op 'deloyale sociale concurrentie' uitdrukkelijk moeten worden opgenomen in de bepalingen over de interne markt, zodat dit een leidraad wordt voor het beleid van de Unie en van de rechtspraak van het Hof van Justitie.⁶⁷

⁶⁴ C. JOERGES en F. RÖDL, "Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Vikings* and *Laval*", *European Law Journal* 2009, 1-19. Zie in dezelfde zin D. ASHIAGBOR, "Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration", *l.c.*, 318-319.

⁶⁵ M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie. Over arbeid in zijn verhouding tot kapitaal doorheen het recht*, o.c., 251.

⁶⁶ O. DE SCHUTTER, "Transborder provision of services and 'social dumping': rights-based mutual trust in the establishment of the Internal Market", *l.c.*, 374-376.

⁶⁷ M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, o.c., 191-192.

